Abhandlungen
zum
Privatrecht und Civilprozeß
des
Deutschen Reiches.

In zwanglosen Heften

herausgegeben von

Dr. Otto Fischer
Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Zweiter Band,
2. Heft.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1899.

Die Willenserklärung
im
Thatbestande des Rechtsgeschäfts
nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuch
für das
Deutsche Reich.

Von

Dr. jur. Hermann Isay.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1899.

Vorwort.

Das Erste Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches trägt mehr als irgend eines der übrigen den Stempel seiner Zeit, einer Zeit der Blüte der Deutschen Rechtswissenschaft, welche insonderheit auf die Erforschung und Durchdringung der allgemeinen Rechtsprinzipien und auf die scharfe Herausarbeitung der grundlegenden Rechtsbegriffe eine überaus reiche und auch erfolgreiche Thätigkeit verwendet hat. Eine Frucht gerade dieser Thätigkeit ist der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Indessen setzt er ihr zugleich wieder neue Ziele; es gilt, an der Hand seiner Vorschriften die überkommenen Begriffe „zu erwerben, um sie zu besitzen," sie einer abermaligen und schärferen Prüfung im Hinblick auf seine Sätze zu unterziehen.

Einen Beitrag zur Lösung dieser Aufgabe sollen die nachstehenden Untersuchungen bilden, gerichtet auf die Klarstellung einmal des Begriffes der Willenserklärung, sodann aber auch ihrer Funktion innerhalb des rechtsgeschäftlichen Thatbestandes.

Was die Methode der Untersuchung angeht, so hoffe ich, in diesem Punkte die Schule, welche dereinst, im Romanistischen Seminar des Herrn Professor Zitelmann in Bonn, mir durchzumachen vergönnt war, nicht gar zu sehr verleugnet zu haben.

Ueber die gewonnenen Resultate steht Anderen das Urteil zu.

Trier, den 15. Januar 1899.

Inhalt.

Vorbemerkung.

Unter den rechtlich erheblichen Thatsachen nehmen diejenigen Thatbestände den wichtigsten Platz ein, deren wesentlichen Bestandteil die Bethätigung des Einzelwillens bildet. Eine Gruppe dieser Thatbestände faßt seit langem die Wissenschaft, und so auch das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Begriff der „Rechtsgeschäfte“ zusammen; eine Erläuterung des Begriffes giebt das Gesetz nicht, und auch die Wissenschaft hat sich bis heute weder über Umfang noch Inhalt desselben völlig geeinigt. Jedoch kann die Auffassung, der auch die folgenden Ausführungen sich anschließen, als herrschende bezeichnet werden, wonach Rechtsgeschäft der juristische Thatbestand ist, welchem eine private Willenserklärung *als solche* — und nicht blos in ihrem Erfolge — unentbehrliches Moment ist[1]).

Während nun aber auf dem eigentlichen Streitgebiet mehr und mehr ein einigendes Resultat zu verzeichnen ist, ist der Wunsch nach einer festen Terminologie bis heute unerfüllt geblieben; und gerade das BGB., welches hier einen segensreichen Einfluß hätte ausüben können[2]), wenn es in seinen Sätzen einen bestimmten Sprachgebrauch befolgt hätte, erweist sich durch das von ihm aufgestellte Beispiel als Hindernis auf dem Wege nach jenem Ziele.

Die Wissenschaft des gemeinen Rechts war dahin gelangt[3]), mit dem Worte „Rechtsgeschäft“ zwei verschiedene Begriffe zu be-

---

[1]) Die von Rehbein, Kommentar I, S. 101 gemachte Einschränkung, wonach die Willensbethätigung für den Erklärenden selbst rechtlichen Erfolg haben muß, also z. B. Genehmigung, Einwilligung keine Rechtsgeschäfte wären, entbehrt nach Rehbeins Ausführungen selber des praktischen Wertes.

[2]) Zitelmann, Rechtsgesch. im Entwurf I, S. 16.

[3]) Dernburg, Pand. I, § 91 a. E. Regelsberger, Pand. I, S. 488. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgesch., S. 293. Vgl. auch Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 35 ff.

zeichnen: einmal den Gesamtthatbestand als Grundlage der Rechtsfolge, sodann aber auch die Parteihandlung als wesentlichen Teil dieses Thatbestandes.

Das BGB. hat diesen „saloppen Sprachgebrauch“ [1]) sich einfach angeeignet. Es nennt „Rechtsgeschäft“ sowohl den ganzen Thatbestand der Rechtswirkung, wie dessen Element, die einzelne Willenserklärung. Antrag und Annahme sind ihm ebensowohl Rechtsgeschäfte, wie der fertige Vertrag.

Und wie es verwirrend wirken muß, schon die einzelne Willenserklärung, die für sich allein Rechtswirkungen nicht hat, ein Rechtsgeschäft zu nennen [2]), ebenso ungenau ist die Vorstellung, welche in dem oft höchst komplizierten Gesamtthatbestande einer Rechtsfolge nur die Willenserklärung sieht und demgemäß unter ihrem Namen jenen ganzen Thatbestand begreift.

Der Vorwurf auch dieser Begriffsverwirrung kann dem BGB. nicht erspart werden, überall verwendet sein Sprachgebrauch die Begriffe „Rechtsgeschäft“ und „Willenserklärung“ ohne jeden Unterschied als gleichbedeutend [3]).

Für die nachstehenden Ausführungen, die es sich zur Aufgabe gesetzt haben, das Moment der Willenserklärung innerhalb des rechtsgeschäftlichen Gesamtthatbestandes auf seine Natur und seine Funktion zu prüfen, war diese Terminologie schlechterdings unbrauchbar, sollte nicht von vornherein auf jede Möglichkeit eines Resultates verzichtet werden. Daß eine reinliche Scheidung der Begriffe die Vorbedingung jeder wissenschaftlichen Untersuchung bildet, ist so selbstverständlich, und daß diese Scheidung hier möglich ist, war so wenig zweifelhaft, daß es für die folgenden Darlegungen als Pflicht erschien, den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches zu verlassen. In dieser Abhandlung bedeutet daher „Rechtsgeschäft“ den Gesamtthatbestand, „Willenserklärung“ die in ihm als Element enthaltene menschliche Willensäußerung, eine Terminologie, hinsichtlich deren Berechtigung ein weiteres Wort der Verteidigung entbehrlich sein dürfte.

---

1) Bekker, System II, § 89, Note s.
2) Hölder, Pand., S. 210; anders Cosack, Lehrbuch I, S. 145.
3) Motive I, S. 126. Endemann, Einführung I, 3. u. 4. A., S. 255. Rehbein, das BGB., S. 101. Eck, Vorträge über das Recht des BGB., S. 116. Enneccerus, das bürgerliche Recht I, S. 124.

I. Der Begriff der Willenserklärung.

Das Privatrecht ist in höherem Maße, als alles übrige, Verkehrsrecht, d. h. es ist die Ordnung der durch den Verkehr und im Verkehr entstehenden Beziehungen der einzelnen Individuen zu einander. Sein Gebiet ist das Herrschaftsgebiet der Einzelinteressen und also der individuellen Willensbethätigung. Diese Berücksichtigung des Einzelwillens in ausgedehntem Maße hat schon den Römern als das Charakteristikum der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht gegolten: privatum ius quod ad singulorum utilitatem spectat; und: ius publicum privatorum pactis mutari non potest.

Wenn das Recht aber den Willen mit seinem Schutze umkleidet, so thut es dies eben als Verkehrsrecht: nur der Einzelwille als Verkehrsträger genießt Berücksichtigung. Nicht der psychische Vorgang im Innern des Handelnden ist es, der das Interesse des Rechts erweckt; und zwar nicht etwa blos aus dem Grunde nicht, weil dieser Vorgang dem Rechte unfaßbar wäre, weil er in den meisten Fällen unerweislich bliebe, auch nicht deshalb, weil die äußernde Handlung ein Entstehungselement des Willens wäre [1]). Denn einmal kann auch der Wille sich gerade darin „äußern“, daß eben keine Körperbewegung erfolgt [2]) — z. B. in den Fällen des Schweigens als Willenserklärung — und ferner ist auch die Aeußerung eines Willens für das Recht nicht schon als solche von Interesse. Ein Monolog, durch den der innere Wille geäußert wird [3]), die Eintragung des inneren Vorhabens in ein Tagebuch sind für das Recht ohne Bedeutung.

---

1) So Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 248. Regelsberger, Pandekten I, S. 493.
2) Vgl. Leonhard, Irrtum, S. 145, Note 1.
3) Anders Cosack, Lehrbuch I, S. 175.

Vielmehr berücksichtigt das Recht den Willen nur als zum Verkehr bestimmten und geeigneten Willen. Der innere seelische Vorgang aber ist — auch wenn geäußert — weder das eine noch das andere.

Der Verkehr verlangt Willensäußerung. Der Einzelne, der in Beziehung zu einem Anderen tritt, thut dies durch die Mitteilung seines inneren Vorhabens; er sucht durch ein entsprechendes Verhalten in dem Anderen die Vorstellung dieses Vorhabens zu erzeugen, d. h. er sucht dem Andern den Schluß von seinem Verhalten auf sein Vorhaben zu ermöglichen. Dieser Schluß hat nur auf empirischem Wege gefunden werden können. Erst mit seiner Auffindung war der Wille verkehrsfähig geworden, fortan bildet er die Grundlage des Verkehrs, nicht als psychische Erscheinung, sondern objektiviert als Aeußerung.

Was als genügende Willensäußerung zu gelten habe, darüber hat überall und jederzeit lediglich der Verkehr und sein Bedürfnis entschieden. Mit der Aenderung und Entwicklung des letzteren änderten sich auch die Anforderungen an den Ausdruck des Willens.

Diese Entwicklung der Formen der Willensäußerung ist überall der wirtschaftlichen Verkehrsentwicklung parallel verlaufen. Die ersten Anfänge des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mußte eine gewisse Unbeholfenheit charakterisieren; der Schluß von der Aeußerung auf das ihr entsprechende Vorhaben, noch verhältnismäßig selten vollzogen, mochte mit der Uebung auch des Vertrauens auf seine Zuverlässigkeit entbehren. So bildete denn das Zeitalter der Naturalwirtschaft mit seinem spärlichen Tauschverkehr sich die Formen seiner Verkehrsgeschäfte vorzüglich im Hinblick auf die Sicherheit des Schlusses auf die rechtsgeschäftliche Absicht der Parteien. Unterstützt wurde dieser Zug durch die allgemeine Neigung des jungen Rechts zur Sinnfälligkeit und Gegenständlichkeit seiner Gebilde. Im altrömischen jus civile wie im älteren germanischen Recht finden wir daher als die ersten historischen Formen der rechtsgeschäftlichen Willensäußerung feste unwandelbare Akte von feierlicher Strenge[1]).

[1]) Dieser, bislang unangefochtenen Ansicht entgegen, wird neuerdings von v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht, Wien 1898, die Auffassung vertreten, der Formalismus sei erst eine verhältnismäßig junge Schöpfung der Staatsanfänge gegenüber der Ungebundenheit der Form, welche in den Rechtsgeschäften und im Prozeß der

Damit war das Problem der Sicherheit des Schlusses auf die rechtsgeschäftliche Absicht der Partei für alle jene Fälle zweifellos zuverlässig gelöst, wo der Formalakt, der den unabänderlichen Obersatz aller Schlüsse gleichen Inhaltes bildete, auch wirklich der Parteiabsicht entsprach. Seine Nachteile zeigte dieses System erst da, wo der Erklärungswille fehlte oder fehlerhaft zustande gekommen war.

Indessen mit der Entwicklung der Naturalwirtschaft zur Tausch- und vor allem zur Geldwirtschaft, konnte dieses schwerfällige System nicht mehr genügen. Dem gesteigerten Verkehr war die Umständlichkeit der alten Formalakte ein unerträgliches Hemmnis, dessen er sich mit aller Macht zu entledigen strebte. Dazu kam noch eines: die vermehrte Häufigkeit der Verkehrsbeziehungen brachte auch die Uebung in der Vollziehung des Schlusses auf die rechtsgeschäftliche Absicht des Gegners; die gesteigerte Auffassungsfähigkeit vollzog auf Grund der reicheren Erfahrung diesen Schluß auch da, wo früher der im engen Kreise eng gebliebene Sinn rat- und hilflos gewesen wäre. Daß dieser Schluß gegenüber dem aus den alten Formalakten an Sicherheit verloren hatte, wog den Bedürfnissen des Verkehrs die neugewonnene Leichtigkeit und Anpassungsfähigkeit nicht auf; und so gewöhnte sich das Recht, diesen erleichterten Wahrscheinlichkeitsschluß mit demselben Schutze zu umkleiden, den es früher dem scheinbar zuverlässigeren Schlusse aus den feierlichen Akten des alten Verkehrs gewährt hatte[1]).

In dieser Entwicklung der Form der rechtlich wirksamen Willensäußerung hat man die Tendenz erblicken zu können geglaubt,

Sippenverfassung geherrscht habe. Ganz abgesehen davon, daß man vielleicht zweifeln darf, ob überhaupt von Recht i. e. S. in vorstaatlichen Zuständen geredet werden darf, so steht seine Beweisführung schon um deswillen auf schwachen Füßen, weil wir von den Formen der Sippenverfassung nichts wissen. Daß das staatliche Gerichtswesen sich zu dem der Geschlechter von vornherein in Gegensatz gestellt hätte, ist um so weniger anzunehmen, als gerade die Anfänge dieses staatlichen Gerichts noch sehr wenig den dem Staate eigenthümlichen Gegensatz von Obrigkeit und Unterthanen herauskehren. Eine weitere Verfolgung des anziehenden Vorwurfs ist an dieser Stelle unmöglich.

[1]) Im römischen Recht ist dieser Kampf uns noch in seinen einzelnen Phasen überliefert. Man hat vielfach in ihm lediglich einen Streit um verschiedene Rechtsprinzipien gesehen, in welchem das Prinzip des jus gentium, die aequitas gesiegt hätte; m. E. mit Unrecht, nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis. (Fr. 8 D. de i. e. i. 1.1.) Das deutsche Recht hätte wohl eine analoge Entwicklung durchgemacht, falls ihm überhaupt eine ungestörte Entwicklung beschieden gewesen wäre.

nach welcher das Recht später geneigter geworden wäre, „neben dem nächsten Willensausdruck, dem Wort, die sonstigen Anhaltspunkte für die Erschließung des Willens in Berücksichtigung zu ziehen und die voluntatis quaestio in umfassenderem Sinn zu stellen“[1]). Indessen in dieser Fassung ist der Gedanke nicht einwandfrei. Von einer voluntatis quaestio in dem Sinne, daß das entwickelte Recht den Schluß aus der Aeußerung auf die Absicht im einzelnen Falle auf seine Richtigkeit geprüft hätte, kann keine Rede sein. Auch der gesteigerte Verkehr — und er sogar in noch höherem Maße — kann nicht den inneren Seelenvorgang zum Thatbestandsmoment seiner Folgesätze machen; auch er muß sich an das halten, was ihm als Willensäußerung entgegentritt, auch er zieht nur aus dem Verhalten der Partei seine Schlüsse. Aber während der ältere Verkehr als Obersatz dieses Schlusses nur ein genau bestimmtes Verhalten gekannt hatte, das von ihm selbst der Partei bis ins Einzelne vorgezeichnet war, kennt der entwickelte Verkehr nicht mehr einen solchen einzigen Obersatz: die reichere Erfahrung hat ihn gelehrt, auch ein vielgestaltigeres Verhalten seinen Schlüssen zu grunde zu legen.

Ein wesentlicher Unterschied gegen das frühere Verfahren ist das nicht. Auch früher war der Schluß auf den Willen nur ein wahrscheinlicher, nur im normalen Falle richtig; Zwang, Irrtum, Zerstreutheit konnten ihn vereiteln. Aber die oberste Richtschnur des Verkehrs ist gerade die Normalität. Das was regelmäßig gilt, ist ihm das Allgemeingiltige. So genügt es auch dem fortgeschrittenen Verkehr, daß seine Schlüsse regelmäßig richtig sind, um sie seinen Normen als allgemein richtige zu grunde zu legen.

Bevor indes dieser Gedanke weiter verfolgt werden soll, ist zunächst noch eine Betrachtung des rein formalen Elementes der Willenserklärung erforderlich.

Wie bereits ausgeführt, hat der gesteigerte Verkehr gelernt, einen Schluß auf den Parteiwillen auch dort zu ziehen, wo das Verhalten der Partei nicht das vom alten Recht geforderte ist. Aber ein gewisses Verhalten verlangt auch er, welches ihm jenen Schluß ermöglicht.

Dies Verhalten ist ihm also die Grundlage seiner Normen, die „Willenserklärung“. Aus welchen einzelnen Momenten es sich

[1]) Regelsberger, Pandekten, S. 511. Vgl. Hartmann in Iherings Jahrb., Bd. 20, S. 29 ff. und im Arch. f. civ. Pr., Bd. 72, S. 175 ff. Eisele in Iherings Jahrb., Bd. 25, S. 422 ff.

zusammensetzt, darüber giebt es eine allgemeine Regel nicht; der Verkehr entscheidet, ob das Verhalten einen verständlichen Schluß gestattet: die Mittel treten gegenüber diesem Zwecke zurück. Wenn nun demgemäß auch keine Wesensverschiedenheit zwischen den einzelnen Mitteln besteht, so unterscheiden sie sich jedoch sehr wohl durch die verschiedene Häufigkeit ihrer praktischen Anwendung.

In erster Linie kommt hier die Sprache in Betracht; die Gewohnheit erzeugt infolge der fortdauernden Uebung die Vorstellungsreihen durch sie derart leicht, daß dem Hörenden oder Lesenden die Zwischenglieder des jedesmal von ihm vollzogenen Schlusses überhaupt nicht mehr ins Bewußtsein treten.

So ist es ganz natürlich, daß das Wort als „das“ Erklärungsmittel betrachtet und alle anderen Mittel nur als seine Surrogate angesehen werden konnten[1]), eine Anschauungsweise, auf welcher auch die von der klassischen Jurisprudenz eingeführte und seitdem beibehaltene Einteilung der Willenserklärungen in ausdrückliche und stillschweigende beruht.

Indessen, daß diese Betrachtungsart zum Teil zu schiefen Resultaten geführt hat, fällt hier weniger zu ihren Ungunsten in die Wagschale, als daß sie die wissenschaftliche Untersuchung der rechtsgeschäftlichen Thatbestände zu verkehrten Fragestellungen führen mußte und geführt hat.

Aus ihr erwuchs die heute noch fast alle Schriftsteller[2]) beherrschende Auffassung der Willenserklärung als einer Körperbewegung, einer Handlung. Erst Hartmann[3]) und Pininski[4]) haben — bislang ohne Erfolg — darauf hingewiesen, daß es fast überall nicht eine Handlung ist, welche als Aeußerung des Willens gelten könnte, sondern daß der Wille nur aus dem ganzen Verhalten der Partei unter Würdigung aller Umstände erschlossen werden, daß also demgemäß auch nur dies ganze Verhalten als

[1]) So von Zitelmann, Jur. Willenserkl. in Iherings Jahrb., Bd. 16. S. 368, Irrt. u. Rgsch., S. 239 ff. Endemann, Einführung I, S. 265.
[2]) Leonhard, Irrtum, S. 67 u. sonst, Bekker, System II, S. 11, Beil. I, B. Dernburg, Pand. I, § 98. Schloßmann, Vertrag, S. 129 ff. Zitelmann, Irrtum u. Rgsch. insbs. S. 238 ff. Hölder, Pand., S. 210. Regelsberger, Pand., S. 472, 492 ff. trotz seiner richtigen Erkenntnis, S. 507. Ehrlich, Stillschweigende Willenserkl., S. 24, insbes. S. 27 ff. Cosack, Lehrbuch I, S. 145. Danz, Auslegung der Rechtsgesch., S. 37 ff., u. a. m.
[3]) Arch. f. die civ. Prax., Bd. 72, S. 166.
[4]) Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, 2. Bd., S. 344 ff.

die Willensäußerung angesehen werden dürfe. Sie kamen zu dieser Erkenntnis durch ihre Nachprüfung der von der herrschenden Theorie entwickelten Lehre von den stillschweigenden Willenserklärungen, deren bisherige Behandlung nach Zitelmanns Urteil[1] „tief unter der Höhe der allgemeinen wissenschaftlichen Entwicklung des Civilrechts“ stand.

Denn daß man blos in der Handlung die Willensäußerung erblickte, führte zu der Schwierigkeit, von diesem Standpunkte aus in befriedigender Weise zu erklären, weshalb auch ein reines Nichtthun, ein Unterlassen eine Rechtswirkung herbeiführen könnte, welche sonst nur Folge einer Willensäußerung zu sein pflegte, wie also „überhaupt eine Unterlassung Willenserklärung sein könne, da doch die Willenserklärung eine Handlung, und solche Unterlassung eben einfach eine Nichthandlung sei?[2]“ Und in der That wird man vom Standpunkte der herrschenden Auffassung eine befriedigende Antwort hierauf schwerlich finden[3]. Von ihm aus ist daher auch die Kritik Schloßmanns[4]) nicht zu widerlegen, deren Resultat der Satz ist, daß in allen Fällen, wo eine Verpflichtung auf eine stillschweigende Erklärung zurückgeführt wird, in Wahrheit nur eine Fiktion vorliege: in solchen Fällen werde eben die Partei nur so behandelt, wie Einer, der ausdrücklich etwas versprochen habe.

Indes ist, wie auch die Vertreter der herrschenden Auffassung durch ihre praktische Handhabung implicite zugeben, diese nicht zu halten. Indem sie betonen, daß jede Handlung, auch die wörtliche Erklärung, „ihr rechtes Licht erst aus den gesamten Umständen empfängt, unter denen sie in die Erscheinung tritt“[5]), bestätigen sie den Satz, daß die Handlung für sich allein eben den Willen noch nicht „erklärt“, daß vielmehr das gesamte Verhalten als Willenser-

[1]) Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgesch., S. 259. — Auch noch in seinen Rechtsgeschäften im Entwurf I, S. 95 hat Z. dies Urteil trotz Hartmanns und Pininskis Untersuchungen aufrecht erhalten zu sollen geglaubt.

[2]) Zitelmann, Irrtum, S. 259, 260.

[3]) Die von Leonhard, Irrtum, S. 145, Note 1 gegebene ist keine solche. Daß auch z. B. „die bewußte Unterdrückung eines Triebs durch einen andern und die zwangsweise Lenkung der Aufmerksamkeit auf einen bestimmten Punkt“ eine „Handlung“ sei, kann nicht zugegeben werden.

[4]) Vertrag, S. 48, 49. Ausführlicher ist dasselbe Resultat für jenen Standpunkt begründet von Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. 1893.

[5]) Regelsberger, Pandekten, S. 507. Ehrlich, S. 24. Danz, S. 52 ff. 70 ff. Vgl. auch Bekker, System II, S. 65. Eisele in Iherings Jahrbüchern, XXV, S. 434 ff.

klärung in Anspruch genommen werden muß[1]). So wird namentlich der Umstand, ob eine ernstliche oder eine nichternstliche Willenserklärung vorliegt, überhaupt nicht aus der wörtlichen Aeußerung an sich, sondern erst aus Miene, Ton, Geberde entnommen werden können[2]).

Die Willenserklärung unter Abwesenden setzt sich daher aus zum Teil ganz anderen Elementen zusammen, als die unter Anwesenden; gerade diese persönlichen Momente, welche der Erklärung Farbe geben, fallen hinweg. Und bei Lösung der Frage, ob eine telefonische Erklärung nicht unter die erstere, sondern unter die letztere Kategorie zu rechnen ist, fallen diese Erwägungen schwer ins Gewicht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in § 147 die Frage nur für den Vertragsantrag und nur für die Frist der Gebundenheit des Antragenden beantwortet und hier bejaht; eine Regelung, die für diesen Punkt zweifellos praktisch angemessen ist. Im Uebrigen hat es bewußt die Entscheidung der Wissenschaft und der Praxis überlassen[3]). Mit Recht; denn eine allgemeine Regel, wonach alle telefonischen Erklärungen rechtlich als Erklärungen unter Anwesenden anzusehen wären, würde der Beurteilung des konkreten Falles nur eine hinderliche Fessel werden.

Der Grund, welcher trotzdem dazu geführt hat, eine derartige Regel für sachangemessen zu halten[4]), ist eben die herrschende Auffassung der Erklärung. Daß aber diese, die Auffassung der Erklärung als Handlung, dem Thatbestande nicht gerecht wird, ist bereits dargelegt; auch in den römischen Quellen findet sie keine Stütze.

[1]) Inwiefern dies ein „Trugschluß“ sein soll, wie Ehrlich, S. 290, behauptet, ist schlechterdings nicht einzusehen. Das zur Erläuterung von ihm herangezogene Beispiel ist jedenfalls so unglücklich wie möglich. Wenn A auf B anlegt und ihn erschießt, so stirbt B doch nicht, weil A „den Willen an den Tag gelegt hat“, ihn zu erschießen, sodaß nun dieser irgendwie anders an den Tag gelegte Wille stets jene Wirkung haben mußte.

[2]) Mit dem Aufgeben jener Auffassung fällt auch der m. E. zweifellos unrichtige Versuch von Danz, Auslegung, S. 36 ff., die Willenserklärungen einzuteilen in solche, die geeignet sind, den Erfolg herbeizuführen, und solche, die dazu nicht geeignet sind. Gerade in den Fällen des im (erkennbaren) Scherz abgeschlossenen, des simulierten Kaufvertrages liegt eine Willenserklärung überhaupt nicht vor. Daß „Kaufsworte“ gewechselt sind, genügt eben noch nicht. Wer wird in theatralischen Aufführungen juristische Willenserklärungen erblicken, obwohl auch hier möglicherweise „Kaufsworte“ gewechselt sind?

[3]) Protokolle der 2. Les. I, S. 78, 79.

[4]) So Zitelmann, Rechtsgesch. i. E. I, S. 102. Endemann, Einführung I, S. 280, Note 5. Enneccerus, Bürg. Recht I, S. 170, 3.

Und zwar sprechen gegen sie gerade diejenigen Stellen, welche in einer anderen Streitfrage die ehemals mächtige Willenstheorie für sich ins Feld führte, nämlich die Aussprüche der Juristen, in welchen gegenüber der Erklärungshandlung im Sinne der herrschenden Auffassung auf das quod actum est verwiesen wird.

So z. B. in dem bekannten fr. 6 § 1 D. de contr. empt. (18.1). Pomponius erörtert hier den häufigen Fall: A verkauft dem B ein Grundstück gegen Zahlung des Kaufpreises in drei jährlichen Raten unter der lex commissoria, bei nichtpünktlicher Zahlung solle der fundus inemptus sein. Die Frage ist: mit welcher Klage kann A seine Rechte geltend machen? Gegen die Kaufklage spricht der Umstand, daß der Kauf ja rückgängig gemacht, der fundus „inemptus“ ist. Dennoch giebt Pomponius die a° ex vendito mit der Begründung: nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, et cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur.

Ebenso wird in fr. 24 D. dep. (16.3) gegenüber dem bestimmten Wortlaut der Empfangsanzeige, welcher auf ein depositum hinweist, aus dem quod actum est untersucht, ob ein solches oder ein Darlehn vorliegt. Ferner erklärt fr. 8 D. de praescr. verb. (19.5) anläßlich eines zwischen zwei Parteien in Stipulationsform geschlossenen Vertrages es für gleichgiltig, ob das, quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret.

Und in gleicher Tendenz stellen fr. 135 pr. D. de v. o. (45.1) und fr. 125 D. de v. o. (50.16) das quod actum est der wörtlichen Erklärung voran.

Man hat nun diese und die zahlreichen analogen Stellen dahin interpretiert, daß hier von der Nichtübereinstimmung zwischen „Erklärung“ und „wahrer“, gleich „innerer“, „Willensmeinung“ die Rede sei[1]). Daß dem aber nicht so ist, beweist folgende Erwägung:

[1]) Hiergegen schon Leonhard, Irrtum, S. 173. Vgl. Regelsberger, Pand. I, S. 493; besonders fr. 34 D. de R. J. (50, 17) beweist, daß „id quod actum est“ etwas Geäußertes ist („id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur“).

in allen diesen Fällen urteilt das Recht, daß die „Willenserklärung“ im Sinne der herrschenden Auffassung dem „Willen“ nicht entspreche, auf Grund der Prüfung des Thatbestandes — man müsse „facti quaestionem inducere“ heißt es in fr. 41 pr. D. de v. o. 45.1, vgl. fr. 94 eod., fr. 12, § 4 D. qui pot. in pign. 20.4 —, wobei es den „inneren Willen“ aus dem quod inter partes actum est, also aus etwas äußerlich Wahrnehmbarem, erschließt. Jenes Urteil des Rechtes ist somit in Wahrheit nicht ein Urteil über ein Geäußertes und ein Innerliches, deren Nichtübereinstimmung es feststellte, sondern ein Urteil über zwei Willensäußerungen, von denen es die eine für die dem „Willen“ nicht entsprechende, die andere für die entsprechende erklärt. Hält man nun fest, daß es sich hierbei auch nicht um verschiedene Auslegungshilfsmittel handelt, daß also das Recht die dem Willen entsprechende Willensäußerung als solche nicht etwa aus exoterischen Momenten heraus feststellt, sondern dieses Urteil lediglich aus dem quod inter partes actum est fällt: so ergeben uns jene Quellenentscheidungen den Satz, daß in jedem Falle, wo die „Willenserklärung“ im herrschenden Sinne dem aus dem gesamten Verhalten erkennbaren Willen widerspricht, das Recht dies Gesamtverhalten als die wahre Willensäußerung anerkennt. Mit anderen Worten — da es nicht zwei Willensäußerungen neben einander geben kann, von denen die eine die wahre, die andere die unrichtige wäre: von diesen beiden ist die unrichtige Willensäußerung eben überhaupt nicht Willensäußerung, und jenes Gesamtverhalten kann allein diesen Namen für sich in Anspruch nehmen.

Wenn man diese Wahrheit dennoch verkannt hat, so kommt das nur daher, daß in der Regel allerdings die Körperbewegung, welche in dem Gesamtverhalten das hervorstechendste Moment bildet, mit ihm so völlig harmoniert, daß man diese Harmonie übersehen konnte und nun aus der Körperbewegung allein schon den Willen erschließen zu dürfen glaubte. Zu Tage tritt dieser Irrtum erst, wenn jene Harmonie nicht vorhanden ist, sondern ein Zwiespalt zwischen beiden besteht.

Die im Vorstehenden dargelegte Auffassung ist auch die des Bürgerlichen Gesetzbuches. Zwar bezeichnet auch es in den Fällen der eben erwähnten Harmonie die Handlung allein als Willensäußerung; allein diese aus praktischen Gründen vielleicht sogar empfehlenswerte Breviloquenz ist, sofern man sich ihrer nur bewußt bleibt, ohne Nachteil. Daß indessen überall, und so auch in diesen

Fällen, das Bürgerliche Gesetzbuch nicht das Wort, die Handlung als „die" Willenserklärung betrachtet, geht nicht nur aus dem Umstande, daß es auch Willenserklärungen durch Schweigen kennt, sondern vorzüglich aus § 133 hervor: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften."

Dieser Satz, der — dem Art. 278 des HGB. entsprechend — den § 73 des I. Entwurfes gebildet hatte, war von der Kritik einhellig mißbilligt und seine Streichung gefordert worden.

Und in der That giebt seine überaus unglückliche Fassung vom Standpunkte der herrschenden Auffassung zu den schwersten Bedenken Anlaß[1]). Sofern man unter Willenserklärung die Handlung allein, hier also den Gebrauch der Worte versteht, so findet sich alsdann in § 133 der Grundsatz ausgesprochen, daß bei jeder Willensäußerung die voluntatis quaestio nicht nur zugelassen, sondern sogar geboten sei; ein Grundsatz, der weit über die Lehren der ehemals extremsten Willenstheorie hinausgehend, in der Praxis zu den ungesundesten Resultaten führen müßte.

Man hat, um diese Konsequenzen zu vermeiden, den Satz aufgestellt[2]), daß der ermittelte Wille nicht im Widerspruch mit den Worten stehen dürfe. Allein dieser Satz ist ganz offensichtlich unrichtig; wenn auf die Ausschreibung eines Nachtwächterpostens A eine Offerte einreicht, des Inhalts, daß er bereit sei, unter den angegebenen Bedingungen von 10 Uhr morgens bis 5 Uhr abends die Nachtwache zu übernehmen — so ist damit m. E. der giltige Antrag gestellt, von 10 Uhr abends bis 5 Uhr morgens auf dem Posten thätig sein zu wollen.

Der § 133 ergiebt dagegen einen mit dem obigen Ergebnisse der Quellen des römischen Rechtes übereinstimmenden Sinn, wenn man unter „Willenserklärung" das Gesamtverhalten des Handelnden begreift: nämlich die Regel, daß in diesem Gesamtverhalten die Rede, wie die Schrift, nicht eine rechtliche Suprematie über die übrigen Bestandteile ausübe, sondern daß aus der gleichmäßigen Berücksichtigung aller objektiv entgegentretenden Momente der Schluß auf den „wirklichen", d. h. den inneren Willen zu vollziehen sei.

---

[1]) Vgl. Zitelmann, Rechtsgesch. im Entw. I, S. 98. Hölder, Archiv f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 67. Danz, S. 50 ff.

[2]) Planck, Kommentar, zu § 133.

Und so gewinnen wir für die Bestimmung des dem Rechte des BGB. zu Grunde liegenden Begriffes der „Willenserklärung" zunächst den Satz: Willenserklärung ist nicht eine einzelne Handlung des Wollenden, sondern sein gesamtes für den Schluß auf den Willen in Betracht kommendes Verhalten.

Auch darin ist das BGB. den Grundsätzen des entwickelten Verkehrsrechtes gefolgt, daß es die Frage, welche Momente Bestandteile eines derartigen schlüssigen Verhaltens sein können und wie sie zu bewerten sind, im Allgemeinen dem Verkehr selbst überlassen hat.

Nur bezüglich solcher Geschäfte, bei denen nicht das Bedürfnis des Verkehrs nach Leichtigkeit und Anpassungsfähigkeit, sondern das nach Sicherheit das übermächtige war, wo also die Voraussetzungen die gleichen waren, wie die, welche einst den Geschäften des alten Rechts ihr Gepräge gegeben hatten, hat das Bürgerliche Gesetzbuch in gleicher Weise, wie das alte Recht, den Obersatz des auf die Parteiabsicht zu ziehenden Schlusses bestimmt normiert und hier als schlüssiges Verhalten nur ein genau von ihm vorgezeichnetes anerkannt.

Ein wesentlicher Gegensatz aber besteht zwischen diesen sog. förmlichen und den sog. formlosen Willenserklärungen nicht[1]); bei beiden ist die Beziehung auf die subjektive Parteiabsicht dieselbe, nämlich die des Schlusses, und zwar des Schlusses mit wahrscheinlicher Richtigkeit.

Jedes Verhalten also, dem in der Regel ein bestimmtes Vorhaben entspricht, gilt dem Verkehr als zweifelfreie Willensäußerung; ob dieser Schluß im Einzelfalle aus für ihn nicht erkennbaren Gründen falsch ist, kann er nicht in Rücksicht ziehen. Auch den Geschäftsverkehr beherrscht, wie jedes soziale Produkt, das Prinzip der großen Zahlen.

Indes so sehr dieser Satz schon aus der Natur und den Bedürfnissen des Verkehrs zu folgen scheint, so sehr ist er bis zuletzt Gegenstand lebhaften Streites geblieben. Zunächst für das römische Recht.

Eine Zahl der hervorragendsten Rechtslehrer hat, im Anschlusse an Savigny, die Auffassung vertreten, das römische Recht habe

---

[1]) Anders noch Eisele in Iherings Jahrb., XXV, S. 467.

im Prinzip dem inneren psychischen Vorgange des Handelnden die Bedeutung beigelegt, die Willensäußerung nur dann mit Rechtsfolgen zu bekleiden, wenn sie auch in Wahrheit Aeußerung gerade dieses psychischen Vorganges gewesen sei, prinzipiell habe also das römische Recht überall die voluntatis quaestio zugelassen.

Hauptsächlich hat wohl zu dieser Auffassung, im Verein mit naturrechtlichen und philosophischen Deduktionen, die Sprache der Quellen beigetragen. Ueberall, wo diese der nuda voluntas, der voluntas, dem consensus und consentire der Parteien die rechtswirkende Bedeutung beilegten, glaubte man, indem man unter jenen Ausdrücken den inneren „Willen" verstand, den schon aus dem Begriff der „Willenserklärung" aprioristisch gefundenen Satz bestätigt zu finden, daß die Willenserklärung eben nur dann und insoweit Berücksichtigung finden könne, als sie in Wahrheit sich auch als Erklärung dieses „Willens" darstelle; und daß sie demgemäß mit dem Nachweise, daß dem nicht so sei, Kraft und Wirksamkeit verlieren müsse.

Daß dieser Satz in der That aber durchaus in den Quellen keine Stütze findet, daß vielmehr auch das römische Recht die voluntatis quaestio in der Regel abgelehnt und die Willensäußerung als solche zum Thatbestandsmoment seiner Rechtsfolgen gemacht hat, ist durch die Untersuchungen insbesondere von Hartmann, Kohler, Leonhard[1]), Pininski und Regelsberger überzeugend nachgewiesen; eine wiederholte Heranziehung der Quellenaussprüche darf hier wohl unterlassen werden.

Gleichwohl würde eine aus den Quellen begründete Ansicht, sofern sie eben lediglich aus den Quellen begründet wäre, nicht auf die gebührende Beachtung rechnen können. Denn einmal sind die Rechtsbücher Justinians nach der Art und Weise ihrer Herstellung

---

[1]) In jüngster Zeit hat Leonhard (Art. Consensus in Pauly's Real-Encykl. der klass. Altertumswiss., her. v. G. Wissowa) seinen früheren Standpunkt ausdrücklich als angeblich unhaltbar aufgegeben. Das Willensdogma habe in Rom nicht nur bei allen Nichtverkehrsgeschäften, sondern auch bei allen zweideutigen Erklärungen gegolten, und da im Falle des Mißklangs zwischen Absicht und Erklärung regelmäßig eine Zweideutigkeit vorliege, so müsse das Willensdogma als Regel hingestellt werden. Indessen da sich diese ganze Ausführung im Grunde nicht auf die Behandlung der Willenserklärungen, sondern auf die der Verträge bezieht, deren Thatbestand ja außer den beiden Parteierklärungen noch das Moment der Uebereinstimmung beider enthält, und da somit nach Leonhard's Ausführung selber nicht die Willenserklärungen nichtig wären, sondern der Vertrag und zwar wegen des Mangels jenes dritten Momentes, der Uebereinstimmung — so soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden.

geeignet, nur zu oft sowohl der einen wie der andern von zwei einander widersprechenden Ansichten einzelne Stellen zu ihrer Begründung zu liefern; dann aber ist es in Wahrheit gerade im vorliegenden Falle nicht so sehr das Ergebnis der Quellen, das mehr oder minder heftig angegriffen, mehr oder minder heftig verteidigt wird, als vielmehr eine Forderung des Verkehrsbedürfnisses, welche die einen für berechtigt, die andern für unberechtigt halten, und die dann a posteriori aus den Quellen je nachdem als von ihnen anerkannt oder verworfen nachzuweisen versucht wird.

Daher haben denn auch die erwähnten Schriftsteller mit Recht den Hauptnachdruck ihrer Untersuchungen auf den Nachweis gelegt, daß das von ihnen bekämpfte Willensdogma den Anforderungen von Treu und Glauben im Verkehr nicht gerecht zu werden vermöge. Auch in dieser Hinsicht kann nur auf ihre Ausführungen Bezug genommen werden.

Indessen mag hier nochmals ein Moment betont werden, welches vielleicht geeignet ist, die Bedenken zu zerstreuen, die selbst noch in allerjüngster Zeit von einem hervorragenden Vertreter der gegnerischen Auffassung gegen die Billigkeit der aus der sogenannten Erklärungstheorie sich ergebenden praktischen Konsequenzen erhoben worden sind[1]).

Wenn von dieser Theorie — und ihr folgend auch von der vorliegenden Untersuchung — der Satz vertreten wird, die Willensäußerung als solche sei Thatbestandsmoment der Rechtsfolge, so ist damit — da Willensäußerung ein Verhalten ist, wie es im Verkehr als Aeußerung eines bestimmten Willens gilt — zugleich auch ausgesprochen, daß die Beurteilung dieses Verhaltens durch den Gegner nach den Grundsätzen des Verkehrs erfolgen muß[2]).

Der Empfänger einer Willenserklärung muß also nicht nur alle ihm möglichen Hilfsmittel heranziehen, um den Schluß auf den Willen zu ziehen, er muß nicht nur bei der Beurteilung selbst sorgfältig zu Werke gehen, sondern er darf auch nicht chikanös handeln. Er muß daher eine sofortige (re adhuc integra) erfolgende Berichtigung eines Versprechens, Verschreibens zulassen; wer denjenigen, dem ein lapsus linguae oder calami passiert, trotz sofortiger Richtigstellung beim Worte halten wollte, würde zweifel-

---

[1]) Enneccerus, bürg. Recht I S. 126.
[2]) Eisele in Jherings Jahrb. XXV S. 472 ff.

los wider Treu und Glauben, die oberste Richtschnur des Verkehrs handeln[1]).

Anders war es allerdings, wenn eine derartige Berichtigung nicht erfolgt und der Empfänger den Lapsus nicht bemerken konnte. Hier hat, wenn der sich Verschreibende, Versprechende, beim Worte genommen, sich auf den Lapsus berufen wollte, das römische Recht ihm kein Gehör geschenkt[2]). Dies gerade hat man zu hart gefunden. „Ich kann — sagt Enneccerus a. a. O. — selbst in einem vom Erklärenden verschuldeten Schreibfehler in dem beispielsweise eine Offerte enthaltenden Brief keinen genügenden Grund finden, ihn bei seiner vielleicht sein ganzes Vermögen ruinierenden Erklärung festzuhalten.“ In der Praxis dürften derartige Fälle überaus selten gewesen sein. Wer eine so wichtige Erklärung abgiebt, prüft sie sorgfältig mehrere Male, ehe er sie aus den Händen läßt. Wer dies allerdings nicht gethan, wer seine wichtigsten Geschäfte mit leichtsinniger Nachlässigkeit erledigt hätte, der hätte keinen Grund, sich hinterher über Strenge des Rechts zu beklagen; de se queri debet. Das römische Recht sah es nicht als seine Aufgabe an, die Nachlässigen gegenüber den Gewissenhaften zu bevorzugen. Jura vigilantibus scripta sunt.

Auch das BGB. knüpft, im Gegensatz zum ersten Entwurf, welcher sich der damals herrschenden Willenslehre anschloß[3]), lediglich an die Willenserklärung als solche seine Rechtsfolgen an.

Diese Rechtsfolgen treten daher ein auch im Falle der nicht in ernstlicher Absicht abgegebenen Willenserklärung, d. h. also einer Willenserklärung, durch welche der Erklärende bewußtermaßen etwas als seinen „Willen“ erklärt, was er in Wahrheit nicht will.

Geht diese Eigenschaft der Aeußerung schon aus ihr selbst, nämlich aus irgend einem begleitenden Umstande, z. B. Ton, Blick, Miene oder einer faktischen Voraussetzung hervor, werden also z. B. die Worte durch die Nebenumstände Lügen gestraft, so läßt eben das Gesamtverhalten den Schluß auf den Willen nicht zu, es liegt mithin eine rechtlich wirksame Willenserklärung überhaupt nicht vor.

---

[1]) Hartmann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 72 S. 214 Note 41, Regelsberger Pand. I S. 514, 1.

[2]) Das BGB. hat dies geändert; es erkennt zwar auch die Erklärung als gültig an, giebt aber ein Mittel, sie wieder zu beseitigen.

[3]) Vgl. Zitelmann, Rechtsgesch. im Entw. I S. 21.

Das sagt § 118: „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.“

Die „Erwartung“ muß also in der Abgabe der Willenserklärung liegen, in ihr irgendwie zum Ausdruck kommen; eine rein innerliche Erwartung hat diese Wirkung nicht.

Die herrschende Auffassung, welche unter der „Willenserklärung“ des § 118 nur die einzelne Handlung, z. B. die Rede versteht, vertritt aus diesem Grunde eine dem entgegengesetzte Ansicht. Nach ihr macht auch die rein innerliche Erwartung, welche neben der „Willenserklärung“ (in ihrem Sinne) einhergeht, diese nichtig[1]).

Zu dieser Auffassung mag auch die Vorschrift des § 122 beigetragen haben; indessen trifft dieser Paragraph den Fall der rein innerlichen Erwartung nicht.

Es sind nämlich drei verschiedene Fälle der in nicht ernstlicher Absicht abgegebenen Willenserklärung möglich[2]):

1. Die Erwartung kommt in der Erklärung überhaupt nicht zum Ausdruck;
2. Die Erwartung kommt objektiv zum Ausdruck:
   a) entweder so, daß der Empfänger sie erkennt oder, falls ihm keine Fahrlässigkeit zur Last fällt, erkennen müßte.
   b) oder so, daß den Empfänger keine Fahrlässigkeit trifft, wenn er sie nicht erkennt.

Nur auf die Fälle, in denen die Erklärung nichtig ist, bezieht sich § 122, also nur auf die Fälle 2a und 2b und für den letzteren statuiert er eine Schadensersatzpflicht des Erklärenden, während er einen dritten Fall überhaupt nicht im Auge hat.

Daß ein in dem Verhalten des Erklärenden nicht zum Ausdruck gelangtes Nichtwollen dessen, was die Erklärung als gewollt erschließen läßt, ohne rechtliche Bedeutung ist, geht auch aus § 116

---

[1]) So Planck zu § 118, Cosack, Lehrbuch I S. 201. Hellmann, Vorträge S. 86. Enneccerus, Bürg. Recht I S. 127. Diese Auffassung hat auch die Kommission der 2. Lesung beherrscht, Protok. II. Les. I. Bd. S. 99. Anders Fischer-Henle zu § 118 Note 3, Satz 2. Vgl. Regelsberger, Pand. I, S. 493: „Bloße Erwartungen sind rechtlich bedeutungslos.“ Zweifelhaft Endemann I, S. 297: er fordert nicht, daß sich die Erwartung aus den begleitenden Umständen „ergebe“, sie müsse aber durch die Umstände „objektiv gerechtfertigt“ sein?!

[2]) Auch Cosack I, S. 201 teilt diese Fälle in 3 Kategorien, aber ohne einheitlichen Gesichtspunkt. Er nimmt als Kriterium einmal die rein subjektive Absicht, einmal die Wirkung auf den Erklärungsempfänger.

hervor, der den Fall der Mentalreservation behandelt. Denn daß die Mentalreservation nicht aus Gründen der Ethik[1]), auch nicht aus Gründen der bona fides rechtlich unbeachtet bleibt, verdiente, insbesondere nach den Untersuchungen Kohler's[2]), allgemein anerkannt zu werden. Unerklärt bliebe sonst, weshalb sie nicht da rechtlich wirksam sein könnte, wo sie weder unsittlich noch gegen die bona fides ist, und weshalb sie nicht wenigstens zum Nachteile dessen, der sich ihrer schuldig gemacht, sollte geltend gemacht werden können. Daß im Falle der Mentalreservation der innere Wille unberücksichtigt bleibt, ist als zweifellos auch von den Anhängern der Willenstheorie anerkannt; und der Satz des § 116 müßte somit allein schon genügen, die von ihnen vertretene Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts hinfällig erscheinen zu lassen[3]).

Auch der § 164 Abs. 2 ergiebt, daß die Uebereinstimmung von Willen und Erklärung nicht Thatbestandsmoment der Rechtsfolge ist, daß die letztere vielmehr als Folge der an sich schlüssigen Willenserklärung eintritt. Nach § 164 Abs. 1 Satz 2 kann die Erklärung des Willens, in fremdem Namen zu handeln, entweder durch eine ausdrückliche d. h. wörtliche Erklärung des Inhalts oder durch ein sonstiges Verhalten, welches jenen Willen ergiebt, geschehen. Das gleiche gilt natürlich für die Erklärung des Willens, im eigenen Namen zu handeln; auch sie kann durch Worte oder durch ein sonstiges Verhalten bewerkstelligt werden. § 164 Abs. 2 bestimmt nun, daß wenn die Umstände auf ein Handeln im eigenen Namen schließen lassen, der Mangel dieses Willens nicht in Betracht kommt. Hier wird also an die Erklärung eines bestimmten Willens — des Willens im eigenem Namen zu handeln — die Rechtsfolge selbst dann geknüpft, wenn nachweisbar der Wille vorlag, im fremden Namen zu handeln.

Geht nun aus den hier besprochenen Bestimmungen schon zur Genüge hervor, daß das BGB. es als ohne Bedeutung für die Wirksamkeit eines Verhaltens ansieht, ob der aus ihm regelmäßig zutreffend gezogene Schluß auch in jedem einzelnen Falle zutrifft oder nicht, daß also sein Prinzip die Willenserklärung ohne Rücksicht auf den inneren Willen als entscheidend für die Rechtswirkung betrachtet, so wird die Bedeutung dieses Prinzips noch be-

[1]) So noch die Kommiss. für die 2. Lesung, Prot. I, S. 94.
[2]) Iherings Jahrbücher, Bd. 16, S. 94 ff., ebenda Bd. 28, S. 194 ff.
[3]) Danz, Auslegung, S. 35. Vgl. fr. 1 D. de R. J. (50.17.)

stätigt durch die Betrachtung der Fälle, in deren Behandlung das BGB. nach der Ansicht der Willenstheorie die Relevanz des inneren Willens ausgesprochen haben soll, und die es in der That auch ausgesprochen haben müßte, falls die Willenstheorie seine Grundlage bildete.

Diese Fälle sind die des wesentlichen Irrtums, des Betrugs und der Bedrohung, unter deren Einfluß ein Verhalten beobachtet worden ist.

Hier handelt es sich darum, daß jenes an sich dem Verkehrsbedürfnis gemäße Prinzip im einzelnen Falle verkehrswidrige Wirkungen zeitigt, Wirkungen, gegen welche der Verkehr unabweisbar Hilfe und Schutz vom Recht verlangen muß. Für das Recht giebt es nun zwei Wege, auf denen es diesem Verlangen nachkommen kann.

Der eine ist der, daß es der Willenserklärung in diesen Fällen die Wirkung ausnahmsweise versagt, daß es unter Aufgabe jenes Prinzips die an sich völlig korrekte Willensäußerung für nichtig erklärt.

Der zweite ist, daß das Recht unter Aufrechterhaltung des Prinzipes die Willenserklärung an sich als vollkommen gültig betrachtet, daß es also die an sie geknüpfte Wirkung zunächst eintreten läßt, daß es aber dem Verletzten ein Mittel an die Hand giebt, diese Wirkung wieder zu beseitigen, ein Vorgang, den Hellmann treffend der in integrum restitutio des römischen Rechts an die Seite gestellt hat[1]).

Diesen Weg hat das BGB. eingeschlagen[2]). Das Prinzip der Irrelevanz des inneren Willens ist damit auch auf diesem Gebiete maßgebend geblieben: wenn es für die Rechtswirkung unerheblich

[1]) Vorträge, S. 114, 116.
[2]) Anscheinend als Abweichung von diesem Wege bietet sich oberflächlicher Betrachtung die Vorschrift des § 1949, Abs. 1 dar, und in der That ist sie auch schon als solche aufgefaßt worden. (Fischer-Henle, Note 2 zu § 1949.) Träfe das zu, sollte also hier der Irrtum ausnahmsweise Nichtigkeit der Erklärung bewirken, so hätten wir eine absolute Ausnahmebestimmung, mit der wir nichts weiter anfangen könnten, als in ihr nach dem bekannten Grundsatze eine Bestätigung der Regel zu sehen. Denn sie etwa aus dem römischen Prinzip zu erklären, wonach Nichtverkehrsgeschäfte eben anders behandelt würden, als Verkehrsgeschäfte, geht aus verschiedenen Gründen (namentlich auch wegen § 2078) nicht an. In Wahrheit bezielt § 1949 gar nicht die Annahmeerklärung als solche. Sein Sinn ist vielmehr: der Annahmeerklärung ist der Berufungsgrund immanent, sodaß, wenn ich aus dem Grunde A annehme, während die Erbschaft mir gar nicht aus diesem Grunde angefallen ist, meine Erklärung einfach in die Luft geht, da sie auf etwas wirken will, was nicht vorhanden ist.

ist, daß der Schluß aus der Erklärung auf den Willen nicht zutrifft, so ist es für sie auch unerheblich, weshalb er nicht zutrifft.

Indessen ausnahmsweise ist dieser Wille Thatbestandsmoment einer neuen Rechtsfolge, darauf gerichtet, jene erste Rechtswirkung wieder zu vernichten.

Die Thatbestände mit dieser neuen Rechtsfolge, der Anfechtbarkeit, sind normiert in den §§ 119, 120, 123, 1332—1335, 2078, 2079, 2281 und 2308 BGB. Was zunächst die Fälle des Irrtums betrifft, so hat man als schlechthin wesentliches Moment seines Thatbestandes die Divergenz zwischen innerem Willen und Erklärung finden zu können geglaubt.

Sowohl von denjenigen, welche wie Planck[1]), Endemann[2]) und Enneccerus[3]) in diesen Fällen einen Ausfluß der Willenstheorie erblicken, als auch vom Standpunkte der Erklärungstheorie aus[4]), ist dem abweichenden inneren Willen hier die rechtswirkende Kraft zugeschrieben worden.

Die Richtigkeit dieser Auffassung einmal vorausgesetzt — den oben gewonnenen Satz von der Wirksamkeit der Erklärung trotz mangelnden Willens könnte sie, wie gezeigt, nicht alterieren. Allein jene Auffassung ist nicht einmal richtig; selbst für den Thatbestand der Anfechtung ist der innere Wille nicht so wesentlich, wie sie vorgiebt.

Der § 119 BGB. unterscheidet drei Fälle möglichen Irrtums[5]):

1. Der Erklärende beobachtet ein anderes Verhalten, als er beobachten will; er verspricht sich, verschreibt sich, vergreift sich.
2. Der Erklärende beobachtet das Verhalten, das er beobachten will, weil er sich über dessen Schlüssigkeit irrt; das Verhalten läßt nicht den Schluß auf den Willen zu, den er wirklich hat, er glaubt aber, es ließe diesen Schluß zu: ein Holländer macht in Oesterreich ein Anerbieten in Gulden, wobei er glaubt, der Gulden gelte das Gleiche wie in Holland.
3. Der Erklärende beobachtet das Verhalten, das er beobachten will; auch hat er den Willen, der aus diesem Verhalten erschlossen wird; allein er hat diesen Willen nur, weil seine

[1]) Kommentar I, S. 166.
[2]) Einführung I, S. 301.
[3]) Bürg. R. I, S. 145.
[4]) Danz, Auslegung, insbes. S. 44.
[5]) Cosack, Lehrbuch I, S. 205.

Vorstellung über Eigenschaften einer Person oder Sache, die das Objekt seines Willens bildet, eine irrige ist.

In den beiden ersten Fällen liegt offensichtlich eine Divergenz zwischen Willen und Erklärung vor; der Schluß vom Verhalten auf den Willen ist unrichtig.

Anders ist es aber im dritten Fall; hier ist der Schluß vom Verhalten auf den Willen völlig zutreffend. Der Erklärende hat in der That das gewollt, was der Empfänger der Erklärung aus ihr entnimmt. Eine Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung liegt also in diesem Falle nicht vor.

Das ist denn auch fast allgemein anerkannt, nicht jedoch ohne das Bestreben, auch hier den Grundsatz von der Divergenz zwischen Willen und Erklärung als wirkendes Moment zu retten.

Schon die Motive (I S. 196) hatten hier die Denkform gewählt, daß „die Erklärung den Willen zwar wiedergiebt, der Wille aber auf einer falschen Vorstellung beruht, welche die Willenswirklichkeit ausschließt", sie hatten hier also als Gegensatz zu dem inneren Willen, der in Wirklichkeit vorhanden war, einen „wirklichen" inneren Willen gedacht, der in Wirklichkeit nicht vorhanden war, und danach die Ungültigkeit der Erklärung auf ihre Nichtübereinstimmung mit diesem nichtwirklichen „wirklichen" Willen zurückgeführt.

Aehnlich hat sich Cosack[1]) ausgesprochen: „Allerdings entspricht hier seine (des Erklärenden) Aeußerung, sowohl was ihre Form, als was ihren Sinn (Wortsinn) anbetrifft, seinem wirklichen Willen. Aber der Inhalt oder der Wert der Aeußerung ist anders, als der Urheber es sich gedacht hat: insoweit geht also auch in diesem Falle Wille und Willensäußerung weit auseinander".

Und Enneccerus[2]): „Hat Jemand über Eigenschaften der Person oder Sache geirrt, in Bezug auf welche er eine Willenserklärung abgegeben hat, so liegt darin an sich kein Mangel der Uebereinstimmung von Wille und Willenserklärung. Aber dieser Irrtum kann wirtschaftlich einem Irrtum über die Identität der Sache oder der Person gleichkommen . . . . . wirtschaftlich habe ich etwas ganz andres gewollt als erklärt. . . . . Deshalb hat das bürgerliche Gesetzbuch diesen Irrtum dem Irrtum über die Erklärung gleichgestellt."

[1]) Lehrb. I, S. 206.
[2]) Bürg. R. I, S. 147, 148.

Indessen diese Erklärungsversuche, von denen materiell der letzte für durchaus richtig zu erachten ist, erklären eben immer nur, weshalb dieser letzte Fall des Irrtums vom Gesetz den beiden Anderen gleichgestellt ist, obwohl doch Wille und Erklärung übereinstimmten. Soweit sie auch hier eine Nichtübereinstimmung durch Konstruktion eines anderen „wirklichen" oder „wirtschaftlichen" „Willens" als vorliegend erweisen wollen, würde der alsdann subintelligierte Schluß, daß mithin in allen Fällen des Irrtums die Ungültigkeit der Erklärung sich auf eine Divergenz des „Willens" zurückführe, als auf unzulässiger quaternio terminorum beruhend zurückzuweisen sein.

Vielmehr steht eines fest: ist die Auffassung richtig, daß allen drei Fällen des § 119 BGB. ein einheitliches Prinzip zu Grunde liegt, und an ihrer Richtigkeit ist wohl nicht zu zweifeln — so kann dies Prinzip nicht das der Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung sein.

Zu dem gleichen Ergebnis führt die Betrachtung der beiden anderen Fälle eines sog. Mangels im Willen, in denen der Erklärende durch arglistige Täuschung oder durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist.

Hier ist es unbestritten[1]), daß es nicht eine Divergenz zwischen Willen und Erklärung ist, welche den Thatbestand der Anfechtung bildet: Wille und Erklärung können sich in den Fällen des § 123 vollkommen decken.

Hält man daher an der Auffassung fest, daß überhaupt alle Fälle der Anfechtbarkeit einer an sich wirksamen Willenserklärung Ausfluß eines gemeinsamen Rechtsgedankens sind, so wird man den „Willensmangel" als wirkendes Element ihrer Thatbestände fallen lassen müssen. Der Grund, weshalb das Recht hier die Erklärung ihrer Wirksamkeit wieder beraubt, ist nicht die Rücksicht auf den inneren Willen des Erklärenden, sondern auf den Verkehr: der Verkehr, und mit ihm das Recht, mißbilligt hier die Art und Weise, wie die Erklärung zustande gekommen ist, sie mißbilligen daher auch die Erklärung selbst, und zwar ohne Unterschied, ob Wille und Erklärung übereinstimmten oder nicht, oder ob ein Wille überhaupt nicht vorlag, wie z. B. in den Fällen der Zerstreutheit[2]).

---

[1]) Endemann I, § 73. Cosack I, § 65. Enneccerus I, § 78.

[2]) Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgesch., S. 366.

Das den Fällen des Irrtums wesentliche Thatbestandsmoment ist deshalb der Umstand, daß der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles, das den Fällen des Betrugs und der Erpressung wesentliche Thatbestandsmoment der Umstand, daß der Erklärende die Erklärung ohne die Täuschung und ohne die Drohung nicht abgegeben haben würde.

Hier überall zeigt sich also das Gesetz, daß das Recht eine fertige Erklärung von dem höheren Gesichtspunkte der Verkehrsgemäßheit bewertet[1]) und sie, falls sie dieser nicht entspricht, wieder vernichtet; überall aber ist der Umstand, ob die Erklärung dem inneren Willen des Erklärenden entspricht oder nicht, für die Entschließung des Rechts ohne jeden Einfluß[2]).

Wir erhalten also für die Begriffsbestimmung der Willenserklärung nach dem Rechte des BGB. den zweiten Satz:

Willenserklärung einer Person ist dasjenige (in einigen Fällen ihr gesetzlich vorgezeichnete) Verhalten, welches nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet — ohne Rücksicht darauf, ob dieser Schluß im einzelnen Falle zutrifft oder nicht[3]).

Das BGB. verwendet hierbei den Ausdruck „Willenserklärung" für jedes Verhalten, durch welches der Wille einer Person objektiv „klar wird;" daß, wie früher wohl allgemein angenommen wurde, mit dem Worte „Erklärung" implizite verbunden sei, daß das Verhalten den Zweck verfolge, den Willen klar zu machen, zu „erklären", ist sonach nicht erforderlich[4]).

---

[1]) Andere Anwendungsfälle dieses Rechtsgedankens sind z. B. die Thatbestände der §§ 23—25 der KO. und § 3 des Anfechtungsgesetzes.

[2]) Ueber die Erscheinung, daß in Fällen dieser Art mitunter die Denkform eines vermuteten Parteiwillens gewählt wird, vgl. Zitelmann Rechtsgesch. I, S. 96.

[3]) Damit hat also das BGB. den Begriff seinen Normen zu Grunde gelegt, den Zitelmann den Bestimmungen des I. Entw. gegenüber vorgeschlagen hatte (Zitelmann, Rechtsgesch. II, S. 149, Neufassung § 49 a), also sich auf den Boden der sog. Erklärungstheorie gestellt. Vgl. Cosack, Lehrbuch I, S. 200. Danz, Auslegung S. 31 ff. Fritze, Arch. f. bürg. R. XIV, S. 196 ff. Dagegen Enneccerus, bürg. R. I. S. 127. Vermittelnd Planck I, S. 166. Endemann I, S. 294, Note 5.

[4]) Vgl. Hartmann, Arch. f. civ. Prax., Bd. 72, S. 166. Pininski, Sachbesitzerwerb II, S. 334 und dort Citierte. Hölder, Pand., § 41, Enneccerus I S. 123, II, 1, Planck I, S. 162.

Es fragt sich nun aber: genügt es zum Begriffe der Willenserklärung, daß ein derartiges Verhalten objektiv vorliegt, genügt es, daß derjenige, welcher es apperzipiert, die Ueberzeugung gewinne, dies Verhalten sei gewollt worden?

Die Frage ist zweifellos zu verneinen. Unmöglich kann ein Wechsel den Aussteller, dem von einem Andern, der ihn überwältigt, die Hand geführt wird, verpflichten; unmöglich auch eine Urkunde, die er in hypnotischem Schlafe auf Befehl das Hypnotiseurs gefertigt und begeben hat.

Daher bestimmt denn auch § 105 Abs. 2 BGB., daß eine Willenserklärung nichtig ist, die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit abgegeben wird, mag auch dieser Zustand für den Empfänger der Erklärung in keiner Weise erkennbar gewesen sein.

Den Fall der physischen Ueberwältigung, der vis absoluta, erwähnt das Gesetz nicht; aber unbestritten und selbstverständlich ist auch hier die Erklärung nichtig. In dem gegebenen Beispiele kann daher auch der gutgläubige Indossatar den Aussteller nicht in Anspruch nehmen.

Wenn also die objektive Erscheinung allein nicht ausreicht, sondern ein subjektives Element auf Seiten des Erklärenden hinzukommen muß, so erhebt sich die Frage: welcher Art ist dieses subjektive Element, der im Gegensatze zum erklärten Willen sogenannte „Erklärungswille?"

Vom Standpunkte der Auffassung der Erklärung als Handlung wäre hier zunächst der Wille rein als psychophysische Ursache der Körperbewegung in Betracht zu ziehen; allein ganz abgesehen davon, daß dieser Wille auch zweifellos bei Abwesenheit des Bewußtseins noch vorhanden ist und deshalb auch für jenen Standpunkt nicht genügt, kann für die hier vertretene Auffassung dieser Wille überhaupt nicht in Frage kommen. Wie sollte auch bei Unterlassungen von einem derartigen Willen gesprochen werden können?

Es kann daher als „Erklärungswille" nur der von Hölder[1]) „Geschäftswille", von Kohler[2]) „Grundwille" genannte Wille d. i. der auf den „Geisteseffekt" im Erklärungsempfänger gerichtete Wille in Betracht gezogen werden, den diese und mit ihnen Bekker[3])

[1]) Institutionen, § 27, Pandekten § 40 Anm.
[2]) In Iherings Jahrb., XVI, S. 335 ff.
[3]) System II, S. 74, 79.

denn auch als für die Wirksamkeit der Erklärung wesentlich aufgefaßt haben. Danach wäre es für die Existenz der Erklärung erforderlich, daß der Erklärende den aus seinem Verhalten resultierenden Schluß gezogen wünschte.

Indessen ist die Richtigkeit dieser Auffassung schon für das gemeine Recht bestritten worden[1]); für das Recht des BGB. ist sie jedenfalls unannehmbar. Es ist bereits ausgeführt worden, daß nach ihm eine Erklärung, die der Erklärende in der nicht erkennbaren Erwartung abgiebt, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, gültig ist, obwohl hier demgemäß nicht nur der auf den Geisteseffekt gerichtete Wille nicht vorlag, vielmehr sogar ein ganz entgegengesetzter Wille.

Ebenso ist z. B. in dem Falle, wo jemand ein Verhalten beobachtet, das nach der Sitte des Ortes, an dem er sich befindet, die Bedeutung einer bestimmten Willenserklärung hat, wofern er diese Bedeutung hätte kennen müssen, eine gültige Erklärung abgegeben.

Z. B. bei den großen Weinversteigerungen in T. geschehen die Höhergebote um je 100 Mark einfach durch Erheben der Hand seitens eines der an langen Tischen sitzenden Steigerungslustigen. Der Ausrufer registriert dies blos durch Nennen der erhöhten Summe. Wenn jetzt A, ohne im Augenblick daran zu denken, die Hand erhebt, etwa, um einen Freund, den er sieht, herbeizuwinken, und der Ausrufer, dies für ein Mehrgebot haltend, das Fuder, da niemand höher bietet, auf diesen Betrag zuschlägt, ohne daß A — der nach dem regelmäßigen Gang dieser Versteigerungen hiervon gar nichts zu merken braucht — sofort Einspruch erhebt und sich berichtigt, so ist die Erklärung gültig. Ob er sie späterhin anfechten kann, ist eine andere Frage.

Das subjektive Element der Willenserklärung, der sog. Erklärungswille ist also überhaupt kein Wille, kein Begehren eines Erfolges. Es genügt vielmehr, daß der Handelnde sich dessen bewußt ist, aus seinem Verhalten werde der Schluß auf seinen Willen gezogen werden.

So hat denn auch Pininski[2]) den Erklärungswillen aufgefaßt: „Wer sich dessen bewußt ist, sein Verhalten sei objektiv eine Erklärung, d. h. müsse von dem Wahrnehmenden als ein von

[1]) Vgl. namentlich Pininski, Sachbesitzerwerb II, S. 393 ff.
[2]) Sachbesitzerwerb II, S. 392.

ihm abgegebener Ausdruck eines Gedankens oder Vorhabens aufgefaßt werden, von dem muß man sagen, daß er die Erklärung wolle .... Zu einer wirklich gewollten Willenserklärung ist dieses Bewußtsein unbedingt erforderlich, zugleich aber genügend."

Indessen auch diese Formulierung genügt noch nicht. Ob der Erklärende das Bewußtsein der Schlüssigkeit seines Verhaltens in der That hat, wird nicht immer festzustellen sein; wäre es schon an sich somit mißlich, ein rein psychisches Moment unabhängig von äußerlichen Erkennungszeichen zum Thatbestandsmoment zu machen, so spricht jedenfalls entscheidend dagegen die Sicherheit des Verkehrs. Und soll der Vorsichtige und Bedachtsame rechtlich schlechter gestellt sein, als der Unüberlegte?

Dies widerspräche dem Grundsatze des Bürgerlichen Gesetzbuches, welcher im Verkehr dem Kennen das Kennenmüssen, dem Wissen das Wissenmüssen gleichstellt. (Vgl. §§ 68, 122, 123, 132, Abs. 2, 142, 166, 169, 173, 179, 254, 307, 405, 674, 694, 729, 764, 824, 1346, 1424, 1980.)

Daher wird es auch für den Erklärungswillen genügen müssen, wenn man fordert, daß der Erklärende entweder sich dessen bewußt war oder infolge von Fahrlässigkeit nicht bewußt war (sich bewußt sein mußte), daß sein Verhalten den Schluß auf einen bestimmten Willen ziehen lasse.

Dies also ist das subjektive Element der Erklärung. Beide Elemente, das objektive des Verhaltens und das subjektive des Erklärungswillens zusammen ergeben die wirksame Willenserklärung[1].

Als Resultat dieser Untersuchung erhalten wir sonach die folgende Begriffsbestimmung der Willenserklärung:

„Willenserklärung einer Person ist dasjenige (in einigen Fällen ihr gesetzlich vorgezeichnete) Verhalten, welches nach der Erfahrung unter Würdigung aller Umstände regelmäßig — ohne Rücksicht auf Richtigkeit im einzelnen Falle — den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet, und bei welchem sie sich dieser Schlüssigkeit bewußt war oder bewußt sein mußte.

[1]) Fritze, a. a. O. S. 200 ff., unterscheidet innerhalb des „Begriffes der Erklärung", nicht innerhalb der Erklärung, eine subjektive und eine objektive Seite. Eine „Erklärung im subjektiven Sinne" liegt nach ihm dann vor, „wenn sie Erklärung vom Standpunkt des Erklärenden aus ist, d. h. wenn dieser sie als Erklärung gedacht hat"; eine „Erklärung im objektiven Sinne", „wenn etwas vorliegt, was sich nach außen hin als eine solche darstellt". Es kann

II. Arten der Willenserklärung.

Der Vorentwurf des allgemeinen Teiles des BGB. (Redaktor: Gebhard) hatte im 2. Titel des 2. Abschnittes, welcher von den Rechtsgeschäften handelte, folgenden § 10: „Die Willenserklärung kann, vorbehaltlich besonderer Bestimmungen, ausdrücklich, durch Worte oder Zeichen, welche dieselbe unmittelbar enthalten, oder stillschweigend durch ein Verhalten erfolgen, welches auf die Willenserklärung mit Sicherheit schließen läßt."

Zur Motivierung dieses Satzes (Vorentw. S. 63 ff.) wurde bemerkt: Diese Art der Unterscheidung sei innerlich begründet, sie weise auf die wesentliche Verschiedenheit der Aeußerungsformen des Willens hin. Bei stillschweigenden Willenserklärungen werde in der Regel lediglich und zunächst ein anderer Zweck verfolgt, als der der Willenskundgebung.

Damit stellte sich der Vorentwurf auf die Seite der Auffassung, welche den wesentlichen Unterschied in der Zahl der Zwecke sah. Indessen schien es der Kommission nicht ratsam, in dieser Weise eine nichts weniger als unbestrittene Doktrin zum Gesetz zu erheben, ohne daß sie aber an der Wahrheit des Satzes, die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen sei im Wesen dieser Erklärungen innerlich begründet, gezweifelt hätte. So statuierte sie denn einfach die Verschiedenheit und überließ die Entscheidung, worin diese bestehe, der Wissenschaft[1].

Der § 72 des ersten Entwurfes, der den Eingang des die Willenserklärungen behandelnden Titels bildet, lautet demgemäß: „Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen."

also objektive Erklärungen geben, die keine subjektiven sind und subjektive Erklärungen, die keine objektiven sind. Der dogmatische, wie der praktische Wert dieser Begriffe ist nicht recht ersichtlich; das BGB. jedenfalls kennt keine subjektive Erklärung in Fritze's Sinne, die nicht auch objektive wäre, und alsdann ist, wie im Text dargelegt, diese letztere das Entscheidende, und völlig unerheblich ist, ob eine Erklärung als solche „gedacht ist", wenn blos der Erklärende sich ihrer Bedeutung bewußt war.

[1]) Motive I, S. 153.

Damit war der Stand der gemeinrechtlichen Wissenschaft in dieser Lehre kodifiziert. Denn daß diese Unterscheidung eine wesentliche und notwendige sei, war von der weitaus überwiegenden Zahl der Schriftsteller anerkannt; darüber hinaus war jedoch eine Einigkeit nicht entfernt vorhanden. Nicht einmal das war unbestritten, welche Handlungen im Einzelnen zu der einen oder zu der andern Kategorie gehörten. Was der eine noch als „ausdrückliche“ Erklärung gelten lassen wollte, rechnete der andere schon zu den „stillschweigenden“; jeder Schriftsteller gebrauchte eben beide Bezeichnungen in seinem besonderen Sinne, ein Verfahren, das man zwar für befugt erklärt hat[1]), das aber eine Verständigung von vornherein unmöglich machen mußte.

Im Allgemeinen ließen sich zwei Richtungen unterscheiden. Die eine suchte das entscheidende Kriterium in dem **Zwecke** der Willenserklärung: diejenige, welche lediglich den Zweck verfolgte, den inneren Willen kundzugeben, wäre danach „ausdrückliche“, diejenige, welche daneben noch einen anderen, thatsächlichen oder rechtlichen, Zweck verfolgte, „stillschweigende“ Willenserklärung[2]).

Hiergegen wurde geltend gemacht, einmal, daß danach, sofern sie lediglich den Zweck der Willenskundgebung habe, auch eine Willenserklärung durch bloßes Schweigen „ausdrücklich“, eine Willenserklärung durch Sprechen dagegen, sofern sie daneben noch einen Zweck verfolge, „stillschweigend“ zu nennen sei[3]), und ferner, daß danach eine und dieselbe Handlung bald eine „ausdrückliche“, bald eine „stillschweigende“ Willenserklärung sei, je nachdem mit ihr im Einzelfall nur der Zweck der Willensmitteilung oder auch noch ein weiterer verfolgt werde[4]). Zudem sei die Unterscheidung auch praktisch unbrauchbar, denn um nach ihr eine Handlung zu rubrizieren, müsse bereits feststehen, was der Handelnde mit ihr beabsichtigt habe, sobald dies aber feststünde, sei die Unterscheidung juristisch vollständig überflüssig[5]).

---

[1]) **Dernburg**, Pand. I, § 98, Note 5, **Bekker**, Syst. II, S. 75.
[2]) So namentlich **Savigny**, System III, § 131. **Windscheid**, Wille und Willenserklärung, S. 5 (A. f. c. Pr., Bd. 63, S. 74), **Puchta**, Pand., § 64. **Wächter**, Pand. II, S. 734. **Dernburg**, Pand. I, § 98, **Unger**, Oesterr. Privatr. II, S. 103, **Kühn** in Iherings Jahrb. XVI. Bd., S. 22, **Burckhardt**, Civil. Präs., S. 270.
[3]) **Leonhard**, Irrtum, S. 195, **Bekker**, System II, S. 73.
[4]) **Zitelmann**, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 261.
[5]) **Zitelmann**, a. a. O., S. 263.

Die zweite Richtung suchte das Kriterium der beiden Arten der Willenserklärung in der Natur des gebrauchten **Mittels** und bezeichnete danach als „ausdrückliche“ Willenserklärungen diejenigen, bei denen man sich der im Verkehr der Menschen untereinander und im gesellschaftlichen Leben als geeignet anerkannten, für die Mitteilung bestimmten Zeichen bediene[1]).

Auch diese Einteilung, die allerdings dem Preußischen ALR. (§§ 57 ff. I, 4), dem Oesterr. AGB. § 863 und dem Sächsischen BGB. § 98 zu Grunde liegt, hatte allgemeinen Beifall nicht gefunden. Insbesondere hat man dagegen eingewendet, daß nach ihr eine stillschweigende Willenserklärung fast nie stattfinden könnte, es müßte denn jemand gerade einen Gedanken durch ein selbsterfundenes pantomimisches Ausdrucksmittel oder nach Grundsätzen, die auf seinen besonderen Lebensgewohnheiten beruhen, ausdrücken[2]).

Wie notwendig es aber sein mußte, sich über die Frage, welche Handlungen als „ausdrückliche“ und welche als „stillschweigende“ Willenserklärungen gelten sollten, zu einigen, erschien in dem Augenblicke klar, in welchem man in dieser Einteilung nicht blos eine solche zum Zwecke rein theoretischer Spekulationen sah, sondern auch praktische Folgen an sie anknüpfte, indem man beide Arten der Willenserklärung rechtlich verschieden behandelte, was der Entwurf in verschiedenen seiner Bestimmungen (z. B. den §§ 65, 74, 123, 315, 1288, 1472 u. a. m.) gethan hatte.

Indessen war man schon vor einiger Zeit dazu gelangt, die Richtigkeit des Ausgangspunktes selbst anzuzweifeln. Zwar **Schloßmann's** Angriff[3]), welcher die Existenz von stillschweigenden Willenserklärungen überhaupt leugnete, war wirkungslos geblieben, einmal mit Rücksicht auf die Sprache der Quellen, hauptsächlich aber wohl dem Gefühl gegenüber, welches das Verhalten, dem er den Charakter der Willenserklärung absprach, entschieden als solche empfand. Dagegen erhoben sich immer mehr Stimmen gegen die Auffassung,

---

[1]) Hierher gehören **Windscheid**, Pand. (7. A.) I, S. 177, **Schliemann**, Lehre vom Zwange, S. 103 ff., **Zitelmann**, Irrtum, S. 264, **Förster-Eccius**, Preuß. Privatr., I. Bd., § 34, **Crome**, Allgem. Teil der mod. franz. Privatrechtswissensch., S. 250 ff., **Regelsberger** in **Endemanns** Handb. II, S. 387.
[2]) **Leonhard**, Irrtum, S. 198, Note 4, **Bekker**, System II, S. 75. **Fritze**, Stillschw., Willenserkl. im Arch. f. Bürg. R.. Bd. 14, S. 192.
[3]) Vertrag, S. 48, 49. Erneuert von **Ehrlich**, die stillschweigende Willenserklärung, 1893.

wonach zwischen den beiden Arten der Willenserklärung ein innerer, ein wesentlicher Unterschied bestehe.

Schon den Ausführungen Zitelmann's[1]) lag der Gedanke zu Grunde, daß das Verhältnis der Erklärung zum Willen bei beiden dasselbe sei, wenn dieser Gedanke auch bei ihm keine scharfe Hervorhebung gefunden hat. Erst Leonhard[2]) hat — wenngleich er noch die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen, die er in den römischen Quellen zu finden glaubte, beibehielt — in längerer Ausführung dargelegt, daß bei den stillschweigenden Erklärungen der Wille nicht in höherem Grade präsumiert werde, als bei den ausdrücklichen, und daß der Unterschied in dem bei beiden vollzogenen Schlusse nur in einer verschiedenen Formulierung des Obersatzes, nicht aber in einer verschiedenen Art des Schließens liege. Ebenso hat auch Pininski[3]) ausgeführt, daß, was das Verhältnis von Wille und Erklärung anlange, zwischen den beiden Kategorien von Erklärungen kein wesentlicher, sondern nur ein äußerlicher Unterschied bestehe[4]).

War so der Zweifel an der logischen und psychologischen Richtigkeit der Unterscheidung immer mächtiger geworden, so hatten Hartmann[5]) seine Untersuchungen, die sich auf die Bedürfnisse des Verkehrslebens gründeten, zu der Erkenntnis der Gefährlichkeit geführt, mit der eine auf jene Unterscheidung gestützte rechtliche Verschiedenheit der praktischen Behandlung verbunden sein mußte.

Wenn nun auch trotz all dieser Angriffe die hergebrachte Unterscheidung noch immer als in der gemeinrechtlichen Wissenschaft herrschend bezeichnet werden mußte, so konnte es sich dennoch nicht empfehlen, einer Lehre Aufnahme in das neuzuschaffende Gesetzbuch zu gewähren, die nichts weniger als ein gesichertes Gut war, ganz abgesehen von dem prinzipiellen Bedenken, daß die Formulierung eines reinen Lehrsatzes — und um einen solchen handelte es sich in § 72 — keineswegs Aufgabe des Gesetzgebers ist.

Die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs beschloß daher, den von der Kritik einstimmig verworfenen § 72 zu streichen[6]);

---

[1]) Irrtum u. Rgsch., S. 261 ff., S. 265.

[2]) Irrtum, S. 202 ff., 212 ff.

[3]) Sachbesitzerwerb II. Bd., S. 439—453.

[4]) Vgl. auch Bekker, System II 78, Hölder, Pand., S. 217, Regelsberger, Pand. I., S. 503.

[5]) Werk und Wille, im Arch. f. d. civ. Prax., Bd. 72 S. 174.

[6]) Protokolle, Bd. I, S. 68.

zugleich strich sie auch die im 1. Entwurf vorgesehenen rechtlichen Verschiedenheiten der Behandlung[1]), unter welchen die in § 74 vorgesehene die systematisch bedeutsamste war, sodaß also nach dem Rechte des BGB. ein Unterschied in den Rechtsfolgen und somit auch eine Nötigung zur Unterscheidung zwischen „ausdrücklichen" und „stillschweigenden" Willenserklärungen nicht mehr besteht.

Denn darüber, daß das Erfordernis einer „ausdrücklichen" Abrede in §§ 244 und 700 des BGB. sich nicht auf die Art und Weise der Erklärung bezieht, herrscht beinahe[2]) Einstimmigkeit; und wenn in den §§ 612, 632, 653 und 689 gesagt wird, daß eine Vergütung unter gewissen Umständen als „stillschweigend vereinbart" gelte, so ist hier überhaupt nicht das Vorliegen einer Willenserklärung, sondern das Vorliegen einer „verkehrsrechtlichen Pflicht"[3]) statuiert — ganz abgesehen davon, daß die hier gewählte, den römischen Quellen entlehnte[4]) Denkform genau so gut in den Worten ausgedrückt werden könnte: „Eine Vergütung gilt als vereinbart, wenn . . . ."[5]).

Trotzdem also im BGB. ein rechtlicher Unterschied der Behandlung zwischen den verschiedenen Arten der Abgabe von Willenserklärungen nicht mehr vorhanden ist, hat es dennoch bereits an Versuchen nicht gefehlt, einen solchen als auch in seinem System begründet nachzuweisen.

Verhältnismäßig ungefährlich sind die in dieser Hinsicht von Fritze, a. a. O. S. 181—218, gemachten Ausführungen.

Aus der von der Kommission der 2. Lesung für die Streichung des § 72 E. I gegebenen Motivierung folgert er, daß die Kommission eine Rechtsänderung gegenüber dem I. Entwurf nicht beabsichtigt habe (S. 183), daß somit, wennschon eine rechtlich verschiedene Behandlung ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärungen im Gesetz selbst nicht mehr beliebt sei (S. 195), in

---

[1]) Endemann, Einführung I, S. 268, Note 8, Fritze, a. a. O. S. 195, Rehbein, Kommentar S. 153.

[2]) Anders, soviel ich sehe, nur Planck, Kommentar I, S. 162, und Enneccerus, bürg. Recht I, S. 151.

[3]) Endemann a. a. O.

[4]) Dernburg, Pand. I, § 80.

[5]) Enneccerus (a. a. O.) beruft sich noch auf § 164, Abs. 1, Satz 2; allein hier ist doch gerade die absolute rechtliche Gleichstellung aller Willenserklärungen, seien sie nun in Worten oder sonstwie erfolgt, ausgesprochen. Zur Begründung der Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen läßt sich der Satz schlechterdings nicht verwerten.

Berücksichtigung dessen, daß vor allem „auf den Willen nicht des Gesetzes, sondern des Gesetzgebers abzustellen" sei (S. 185), und in Berücksichtigung der „immanenten Systematik des Gesetzes" (S. 203) der Unterschied zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen auch als dem Rechte des BGB. angehörend zu erachten sei.

So verfehlt, wie diese ganze Deduktion, ist nun auch sein Versuch, diesen Unterschied zu präzisieren. Während er (S. 203) davon ausgeht, daß das BGB. „das Kriterium des Unterschiedes zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen nicht in Verbindung mit der Frage nach dem Verhältnis von Wille und Erklärung bestimmt, also ein spezifisch-juristisches Kriterium der Unterscheidung nicht kennt", bestimmt er dennoch an der Hand der bereits erwähnten „immanenten Systematik" des Gesetzes den Unterschied dahin, daß es darauf ankommen müsse, ob die gebrauchte Erklärungshandlung keinen anderen Zweck habe, als den der Willenskundgebung, oder ob dieser letztere Zweck lediglich Nebenzweck der betreffenden Handlung sei. Im ersteren Falle, der nur die Erklärungen durch Worte umfasse, liege eine „ausdrückliche", im letzteren Falle, den wortlosen Erklärungen, eine „stillschweigende" Erklärung vor.

Damit ist denn Fritze — ganz abgesehen von der sehr anfechtbaren Auffassung, daß bei allen wortlosen Erklärungen „der Erklärungszweck objektiv immer nur Nebenzweck der betreffenden Handlung sein kann, niemals aber ihr Hauptzweck" — bei der Auffassung Savignys, welche in der Zahl der Zwecke das Kriterium suchte, wieder angelangt, nachdem er diese vorher (S. 191) ausdrücklich abgelehnt hatte[1]).

Ebenso im Zirkel, wie seine Ausführungen nach der dogmatischen Seite der Frage, bewegen sich seine Ausführungen nach der praktischen Seite hin.

Hier war er davon ausgegangen (S. 195), daß von dem BGB. „eine praktisch verschiedene Behandlung beider Arten von Erklärungen nicht beliebt worden" ist. Später (S. 204) aber erklärt er es für „einleuchtend", daß praktisch „die Erfordernisse des Zugehens

[1]) Auch Enneccerus, Bürg. R. I, S. 151, will die Unterscheidung der Willenserklärung in ausdrückliche und stillschweigende, je nach der Zahl der Zwecke, aufrecht erhalten, allerdings ohne praktische Unterschiede in der Behandlung daran zu knüpfen.

.... für Erklärungen durch Werke andere sind, als für Erklärungen durch Worte", eine Regel, von welcher es allerdings Ausnahmen gebe, und die er dahin näher erläutert, daß zwar „prinzipiell" empfangsbedürftige Willenserklärungen auch stillschweigend abgegeben werden können (S. 216), daß aber „de facto in vielen Fällen eine wortlose Erklärung unwirksam bleiben muß, weil sie den an eine empfangsbedürftige Erklärung zu stellenden Anforderungen nicht zu genügen vermag" (S. 217).

Deshalb also, weil eine faktische Verschiedenheit zwischen den einzelnen Arten der Willenserklärung besteht — was noch niemals ein Mensch bestritten hat — soll die nach seiner Ansicht (S. 195) „mehr dogmatisch, als praktisch wünschenswerte" Unterscheidung in Erklärungen mittels Worten und wortlose gemacht werden müssen, obwohl das Resultat, danach stets auf das Vorliegen der Erklärungsabsicht rekurrieren zu müssen, auch ihm praktisch „unerwünscht" ist (S. 217).

Entbehren Fritzes Ausführungen, obwohl oder vielleicht, weil sie auf der Grundlage aufgebaut sind, die rechtliche Gleichstellung der beiden Arten der Willenserklärungen als Prinzip des BGB. anzuerkennen, der überzeugenden Kraft, so ist die Lehre Plancks[1]), die am letzten Ende dies Prinzip leugnet, um so gefährlicher, als hinter ihr nicht nur die anerkannte Autorität ihres Urhebers steht, sondern als sie sich auch auf eine Verwendung des Begriffes der Willenserklärung gründet, die in den Reihen der Systematiker mehr und mehr Anhänger gewinnt.

Es wird daher erforderlich sein, bevor die von Planck speziell auf das Recht des BGB. gemachte Anwendung jener Auffassung auf ihre Ergebnisse hin einer Prüfung unterzogen wird, diese Auffassung selbst zum Gegenstande der Untersuchung zu machen.

Zuerst hat Bekker[2]) die Willenserklärungen geschieden in „Erklärungen im e. S." d. i. Erklärungen mit Erklärungswillen („ausdrückliche" Erklärungen) und andere Willensäußerungen, die ohne Erklärungswillen zustande kommen („stillschweigende" Erklärungen).

Indessen ist das Vorhandensein des Erklärungswillens als des auf die Vornahme der Erklärungshandlung zum Zwecke des Klarmachens gerichteten psychischen Vorganges schlechthin ebenso

[1]) Kommentar I, S. 162—166. Gegen ihn Fritze, a. a. O., S. 205 ff.
[2]) System des Pandektenrechts, II. Bd. (1889), S. 68 ff.

ungeeignet, als Kriterium von Thatbeständen zu dienen, wie jeder innere Vorgang überhaupt. Daher sind auch gegen die Bekkersche Einteilung genau die gleichen Einwendungen zu erheben, die man gegen die alte Einteilung der Willenserklärungen unter dem Gesichtspunkt der ihnen zu grunde liegenden Absichten gemacht hat: nämlich einmal, daß eine und dieselbe Erklärungshandlung unter Umständen eine „ausdrückliche“ oder eine „stillschweigende“ sein könne, je nachdem der Erklärungswille vorhanden sei oder nicht, und ferner, daß um zu wissen, zu welcher von beiden Klassen eine Handlung gehöre, man eben den psychischen Vorgang auf seiten des Handelnden bereits durchschaut haben müsse. Endlich ist, wenn man den „Erklärungswillen“ spitz nimmt, sehr ernstlich die Frage aufzuwerfen, ob eine Erklärung ohne Erklärungswillen überhaupt noch als Erklärung vom Recht betrachtet werden dürfe. Eine in total betrunkenem Zustande oder im hypnotischem Schlafe abgegebene Erklärung ist ganz sicherlich keine „stillschweigende“, sondern gar keine Erklärung.

Auch Hölder[1]) hat den Erklärungswillen als Kriterium der Unterscheidung verwendet, nur daß er sein Dasein nach objektiven Gesichtspunkten bestimmte. Er unterscheidet innerhalb der Willenserklärungen, die er „Willensäußerungen“ nennt, die Willenserklärungen als einen bestimmten Willen bezeichnende von den realen Willensäußerungen, welche der Verwirklichung des gewollten Erfolges dienen.

Vor allem ist nun diese Einteilung nicht erschöpfend; eine Unterlassung, insbesondere das bloße Schweigen, kann weder als „Bezeichnung“ eines Willens aufgefaßt werden, noch vermag sie einen Erfolg zu „verwirklichen“; ausgenommen die seltenen Fälle, in denen der Erfolg gerade in dem Nichtsthun selbst besteht, und auch hier ist es nicht besonders glücklich, von „Verwirklichung“ eines negativen Erfolges zu sprechen.

Der Gedanke, auf dem diese Unterscheidung beruht, ist aber nur der bereits bekämpfte, welcher die Erklärung lediglich in der einzelnen Körperbewegung erblickt. Nur so kann man die „Verwirklichung eines Erfolges“ als eine besondere Art der Willenserklärung ausdeuten; in Wahrheit liegt hier überall ein Verhalten vor, dessen funktionelle Bedeutung für die Erklärung des Willens keine andere ist, als die jedes anderen Verhaltens, das einen Willen

[1]) Pandekten (1891), § 41, S. 213.

offenbart, ohne daß die nebenhergehende Wirkung, nämlich die Verwirklichung eines realen Erfolges, auf diesen Charakter des Verhaltens als einer Willenserklärung von Einfluß sein könnte. Daher kann auch z. B. der Umstand, daß dieser verwirklichte Erfolg fehlerhaft ist, sowenig auf die Willenserklärung als solche influieren, wie umgekehrt etwa die Fehlerhaftigkeit der Willenserklärung einen Einfluß auf den Erfolg als solchen haben kann, eine Erscheinung, deren ausführliche Würdigung einer anderen Stelle vorbehalten bleiben muß.

Auch die weitere Einteilung der Willenserklärungen bei Hölder giebt zu Ausstellungen Anlaß; wenn er hier „unmittelbare“ von „mittelbaren“ Erklärungen danach unterscheidet, ob der Schluß von der Aeußerung auf den Willen unmittelbar oder auf dem Umwege über einen anderen Willen erfolgt, so ist dies doch lediglich eine thatsächliche und äußerliche Verschiedenheit, die keineswegs das Wesen der Sache trifft und nicht geeignet ist, als Grundlage einer rechtlich verschiedenen Behandlung zu dienen.

Regelsberger[1]) hat sich sowohl von Bekker, wie von Hölder[2]) beeinflussen lassen. Er unterscheidet „Willenserklärungen“ als Handlungen, die mit dem Erklärungswillen vorgenommen sind, von den „realen Willensäußerungen“, welche Willensbethätigungen zur Herstellung des gewollten realen Erfolges sind.

An die von den vorstehend Genannten vertretene Auffassung der „Willenserklärung“ knüpft nun auch Planck an, indem er versucht, sie für die Systematik des BGB. zu gewinnen.

Er unterscheidet daher (S. 162) „Willenserklärungen“ als Handlungen, welche den Zweck haben, den Willen zu offenbaren, von den „Willensbethätigungen“, welche einen anderen Zweck haben, aber einen sichern Schluß auf den Willen zulassen; in

[1]) Pandekten I (1893), S. 473.

[2]) Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 36 (1896), S. 3 ff., hat die von ihm dort vertretene Auffassung ausdrücklich als mit der Hölders übereinstimmend bezeichnet. Indessen die von Lenel gezogenen Konsequenzen seiner Unterscheidung zeigen, daß seine Einteilung — die übrigens in der Formulierung von der Hölders abweicht — nichts weniger als eine wesentliche Verschiedenheit der Willensäußerungen treffen will: denn gerade die von ihm für die „Willensbethätigungen“ in Anspruch genommene Eigenschaft erweist er auch für einzelne „Willenserklärungen“. Die Verschiedenheit, die ihn interessiert, liegt nicht im Wesen der Willenserklärung, sondern in einem äußerlichen Momente, der Interessiertheit des dritten Erklärungsempfängers.

diesem auch von ihm also rein innerlich gefaßten Kriterium findet er die Unterscheidung von „ausdrücklichen“ und „stillschweigenden“ Willenserklärungen begründet, die nach seiner Ansicht auch dem Rechte des BGB. zu Grunde liegt. Dies sucht er an dessen Behandlung der sog. empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu erweisen.

Das BGB. unterscheidet, worauf später noch näher einzugehen ist, nach der einstweilen hier zu Grunde zu legenden herrschenden Auffassung, Willenserklärungen, zu deren Wirksamkeit die Abgabe gegenüber einem anderen erforderlich ist, die nach Zitelmanns Prägung heute allgemein „empfangsbedürftige“ genannten, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, „nicht empfangsbedürftige“ Willenserklärungen.

Der I. Entwurf hatte u. a. gerade hier die von ihm in § 72 statuierte dogmatische Scheidung der Erklärungen in ausdrückliche und stillschweigende auch praktisch werden lassen, indem er in § 74 die Wirksamkeit empfangsbedürftiger Willenserklärungen, wofern sie ausdrücklich, an den Moment des Zugehens, wofern sie stillschweigend abgegeben waren, an den Moment der Kenntnisnahme knüpfte.

Diese Art der Regelung war nicht ohne Grund angefochten worden[1]), indem geltend gemacht wurde, dieselben legislatorischen Erwägungen, welche gegen das Erfordernis der Vernehmung bei ausdrücklichen Willenserklärungen sprächen, träfen genau so gegen dies Erfordernis bei stillschweigenden Willenserklärungen zu.

Die Kommission für die 2. Lesung beschloß daher[2]), „hinsichtlich des Zeitpunktes des Wirksamwerdens der einem Anderen gegenüber abzugebenden Willenserklärung zwischen stillschweigenden und ausdrücklichen Willenserklärungen nicht zu unterscheiden, sondern unterschiedslos den Zeitpunkt des Zugehens für maßgebend zu erklären“. Dieser Beschluß fand denn auch in dem dem § 74 des I. E. entsprechenden § 130 BGB. einen unmißverständlichen Ausdruck.

Planck meint nun gerade in diesem Punkte die nach ihm dem BGB. zu Grunde liegende Unterscheidung als bedeutsam erweisen zu können. Zunächst wirft er die Frage auf (S. 164), ob denn überhaupt eine empfangsbedürftige Erklärung „stillschweigend“ abgegeben werden könne, was er prinzipiell verneinen zu müssen glaubt, da dies „mit dem Wesen der still-

[1]) Zitelmann, Rechtsgeschäfte im Entwurf I, S. 101.
[2]) Protok. I, S. 69.

schweigenden Willenserklärung als einer Willensbethätigung, die nicht zu dem Zwecke erfolgt, den Willen zu erklären, kaum vereinbar zu sein scheine“. Indessen genüge dies dem praktischen Bedürfnisse nicht; daher müsse die Zulässigkeit auch einer stillschweigenden Erklärung jedenfalls überall da angenommen werden, wo sie zur Kenntnis des Empfängers gekommen sei; wo dies nicht zutreffe, könne „nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles entschieden werden“ (S. 165).

Sodann erörtert er die Frage (S. 165), wann die stillschweigende empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam werde, und beantwortet sie dahin, daß nach § 130 sie zugegangen sein müsse. Wenn dies der Fall sei, müsse wiederum nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden, in der Regel werde Kenntnisnahme zu fordern sein.

Als Ergebnis der Planckschen Untersuchung erhalten wir also die Sätze: 1. Empfangsbedürftige Erklärungen können begrifflich überhaupt nicht stillschweigend abgegeben werden. 2. Werden sie aber dennoch stillschweigend abgegeben, so werden sie erst wirksam, wenn sie dem Gegner zur Kenntnis gekommen sind; ein Zugehen ist für sie nicht möglich, nicht erforderlich und nicht genügend.

Daß diesen in sich widerspruchsvollen und weder dem Geiste des Gesetzes, noch dem praktischen Bedürfnisse gerechten Deduktionen Plancks werbende Kraft für seine Auffassung von der auch im BGB. durchgeführten Scheidung der Willenserklärungen in ausdrückliche und stillschweigende innewohne, kann als ausgeschlossen betrachtet werden[1]).

Wenn sich aber in der bisher versuchten Richtung ein wesentlicher Unterschied zwischen den einzelnen Arten der Willenserklärung nicht ergab — und was Planck nicht gelang, wird wohl auch späteren Kommentatoren des BGB. versagt bleiben —, so zeigt dennoch die Analyse des Thatbestandes derjenigen Handlungen, welche man bisher gleichmäßig als Willenserklärungen bezeichnete, eine wesentliche Verschiedenheit, die bisher wohl vereinzelt unklar empfunden worden ist, über die man sich aber noch keine genauere Rechenschaft zu geben versucht hat.

Es fiel nämlich bei der Untersuchung des Verhältnisses von Wort und Willen bei den Willenserklärungen auf, daß während das Prinzip des römischen Rechts von der Irrelevanz des inneren

[1]) Vgl. Fritze a. a. O., S. 205 ff., 211.

Willens im Allgemeinen als zweifelsfrei festgestellt gelten durfte, es dennoch einzelne Willenserklärungen zu geben schien, die das entgegengesetzte Prinzip beherrschte.

Hartmann[1]) hat als solche Willenserklärungen erkennen wollen, „die streng einseitigen Rechtshandlungen, wie die gestio pro herede, welche ihre ganz eigenartige Behandlung für sich haben und welche in der That das Geltungsgebiet für die Alleinherrschaft des irgendwie erkennbaren und verkörperten inneren Einzelwillens sind."

Daß hiermit aber kein Kriterium gefunden ist, dürfte unbestreitbar sein; bleibt doch auch bei der Mehrzahl der „streng einseitigen Rechtshandlungen" der rein innerlich gebliebene Wille gerade so unbeachtet, wie bei den zweiseitigen, den Verträgen.

Wenn es dennoch „eigenartige" Rechtshandlungen giebt, bei denen, wie z. B. der pro herede gestio, es anders ist — und daß es solche giebt, ist angesichts der Quellenaussprüche nicht wohl zu bestreiten[2]) — so muß das Kriterium ein anderes sein, als das ihrer strengen Einseitigkeit[3]).

Unter einer Willenserklärung war ein Verhalten begriffen worden, aus welchem sich der Erfahrung des Lebens nach ein bestimmter Wille erschließen läßt, und zwar deshalb erschließen läßt, weil ihm dieser Wille regelmäßig zu Grunde zu liegen pflegt.

In die Form des Schlusses gebracht, ist hier die Gedankenoperation die folgende:

Obersatz: Wenn das Verhalten X vorliegt, so liegt in der Regel (normaler Weise) der Wille x vor.
Untersatz: A beobachtet das Verhalten X.
Schluß: Folglich hat A den Willen x.

---

[1]) Werk u. Wille, Arch. f. civ. Prax., Bd. 72, S. 213.

[2]) Ebenso Leonhard, Irrtum, S. 350, Note 1. Dagegen jedoch Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, II. Bd., S. 449 ff. Er beruft sich dafür, daß „man oft gegen die innere Absicht pro herede gerendo Erbe wird", auf fr. 20 pr. und fr. 21 pr. D. de a. et o. h. (29,2); indessen steht hier gerade das Gegenteil. Fr. 20 pr. sagt: pro herede gerere non esse facti quam animi und dies wird in fr. 21 pr. bestätigt. Vgl. auch fr. 78 eod. Auf die von ihm herangezogene Protestation in fr. 14 §§ 7, 8, D. de relig. 11,7 wird noch einzugehen sein; auch sie beweist, wie schon vorweg bemerkt sein mag, nichts für ihn.

[3]) Auch Bekker, Syst. II, S. 79 ff., hat einen Unterschied innerhalb der Willenserklärungen gefühlt, insofern als bei einigen der Gegenbeweis des mangelnden Geschäftswillens zulässig sei. Auch ihm ist es nicht gelungen, sie zu umgrenzen. Nach seiner Ansicht trifft dies nämlich zu für die sog. stillschweigenden Willenserklärungen, aber nur für die „einfachster Art".

Dies also ist die verkehrsgemäße Form. Als Obersatz wird der Normalfall gesetzt, wie er durch die Erfahrung des Lebens ermittelt ist. Nimmt das Gesetz, was es zuweilen thut, diesen empirisch gefundenen Normalsatz unter seine Vorschriften auf, so spricht man von gesetzlichen Präsumtionen des Willens; eine Aenderung der Natur des Thatbestandes tritt durch diese ausdrückliche Anerkennung seitens des Gesetzes nicht ein; daher überall die Gründe, welche bei sonstigen Willenserklärungen deren Wirksamkeit ausschließen, auch hier von Einfluß sind[1]).

Die hier zu Grunde gelegte Form des Obersatz bildenden Urteils ist indessen keineswegs die einzige logisch mögliche. Denkbar wäre auch ein unbedingt gültiges Urteil, sodaß alsdann der Schluß entstünde:

Obersatz: Wenn das Verhalten Y vorliegt, liegt unbedingt immer der Wille y vor.
Untersatz: A beobachtet das Verhalten Y.
Schluß: Folglich hat A den Willen y.

Hier hätten wir einen logisch notwendigen Schluß. Und in der That ist verschiedentlich in der Litteratur die Ansicht vertreten worden, daß eine Erklärung nur da vorliege, wo das Verhalten einen derartigen logisch notwendigen Schluß auf den Willen zulasse[2]).

Indessen kann es einen derartigen Schluß im Rechtsverkehr nicht geben, weil es keinen entsprechenden Obersatz giebt; eine Relation zwischen einem bestimmten Willen und einem bestimmten Verhalten, sodaß dieses Verhalten durch keine anderen Faktoren verursacht werden könnte, als nur durch diesen Willen, kommt in Wirklichkeit nicht vor.

Wo daher ein Gesetz eine derartige Relation normiert, da bestätigt es nicht, wie bei den Präsumtionen, eine Lebensregel, sondern, indem es den Willen, auch wo er nicht vorliegen kann, fingiert, hinzudenkt, macht es in Wahrheit die an die Erklärung dieses fiktiven Willens geknüpften Rechtsfolgen lediglich von dem realen Geschehen abhängig; die Willensfiktion ist hier nur die vom Gesetzgeber gewählte Denkform, unter der er sich die Wirksamkeit des Thatbestandes vorstellt[3]).

---

[1]) Vgl. hierzu namentlich Pininski a. a. O., S. 320.

[2]) Stößel, Stillschw. Willenserkl., S. 6 ff. Burckhard, Civil. Präsumtionen, S. 270 ff.

[3]) Unrichtig daher Fischer-Henle, BGB., 2. A., S. 46.

Für die Lehre von den Willenserklärungen scheidet also, wie fast allgemein anerkannt ist, die Möglichkeit dieser Schlüsse aus.

Indessen giebt es noch einen dritten Fall. Das Urteil des Obersatzes kann nämlich auch disjunktiver Natur sein, woraus sich die Möglichkeit des folgenden Schlusses darstellt:

Obersatz: Wenn das Verhalten Z vorliegt, liegt entweder der Wille x oder der Wille y oder der Wille z vor.

Untersatz: A beobachtet das Verhalten Z.

Schluß: Folglich hat A den Willen z (oder den Willen y oder den Willen x).

Es ist klar, daß hier ein wesentlicher Unterschied von dem Schlusse des Normalfalls besteht: dort war der Schluß als sicher gezogen, da für den Verkehr die Möglichkeit des abweichenden Willens als anomal nicht in Betracht kam; hier betrachtet der Verkehr diesen Schluß blos als möglich, und die Möglichkeit des abweichenden Willens erscheint ihm durchaus normal.

Eine Erklärung des Willens z findet der Verkehr somit in dem Verhalten Z nicht; und prinzipiell müßte er daher, wo er eine Rechtsfolge an die Erklärung des Willens z knüpfen will, ein derartiges Verhalten völlig unberücksichtigt lassen. Indessen, wenn es auch nicht sicher ist, daß das Verhalten Z eine Aeußerung des Willens z ist, so ist doch auch nicht sicher, daß es keine solche ist; es ist also immerhin möglich, daß eine Aeußerung des Willens z vorliegt, mithin möglich, daß der Thatbestand jener Rechtsfolge verwirklicht ist. Soll der Verkehr diese Möglichkeit vollständig ignorieren?

Dazu kommt, daß ein anderes Prinzip des Verkehrs hier seinen Einfluß geltend macht.

Wer das Verhalten Z beobachtet, der erregt dadurch den Anschein, möglicherweise den Willen z zu haben; thut er dies nun unter Umständen, unter welchen der Wille z von ihm erwartet wird, so ist ein derartiges Verhalten im Verkehr nicht zu billigen; wenn er den Willen z nicht hat, so soll er auch nicht einmal den bloßen Anschein erwecken, ihn zu haben.

Ein zweideutiges Verhalten, wo ein eindeutiges möglich ist, ist dem Verkehr unerwünscht; und er läßt diese Zweideutigkeit zu Ungunsten dessen wirken, der sie verursacht hat.

Das ist das Prinzip, dessen Ausfluß die Entscheidungen in fr. 38 § 18, 99 pr., 106 D. de V.O. (45,1), fr. 26 (27) D. de reb. dub. (34,5), fr. 21, 43 § 2 D. de contr. empt. (18,1) und

an anderen Stellen der Rechtsbücher Justinians sind, und das in Art. 1162 des code civil seinen Ausdruck gefunden hat.

Wenn auch das Verhalten Z nicht die Erklärung des Willens z ist, so darf dennoch, wer ein Interesse daran hat, festzustellen, ob es nicht wirklich die Aeußerung dieses Willens war, sich auf dies Verhalten berufen; und Sache des A ist es dann, nachzuweisen, daß Z nicht die Aeußerung des Willens z, sondern des Willens y oder x war.

Die in den Quellen hauptsächlich behandelten Fälle dieser Art sind die der gestio pro herede. Die Erbschaftsantretung erfolgt nach prätorischem Recht durch formlose Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen.

Diese Erklärung kann, wie jede andere auch, durch Worte oder sonstiges Verhalten erfolgen; benimmt sich jemand so, wie er sich normaler Weise nur benehmen kann, wenn er den Willen hat, die Erbschaft zu haben, so ist dies pro herede gerere natürlich eine vollgültige Willenserklärung: pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres (fr. 20 pr. D. de a. et o. h. 29,2).

Hier haben wir den an erster Stelle erwähnten Schluß von dem Verhalten X auf den Willen x, den Normalfall; so z. B. fr. 20 § 4 cit.: tunc pro herede geri dicendum esse, quotiens accipit, quod citra nomen et ius heredis accipere non poterat.

Und ebenso kann auch der Wille, die Erbschaft auszuschlagen, mit Worten oder durch anderweites Verhalten erklärt werden.

Wie ist es aber, wenn das Verhalten einen derartigen Schluß nicht zuläßt, also in dem Falle des Schlusses Z auf den Willen z? Gerade bei der pro herede gestio mußte die Frage oft praktisch werden. Die nächsten Angehörigen blieben ja zunächst im Besitz der Erbschaft. Sie konnten nun selbstverständlich nicht sich jeder Sorge um die Fortführung der Wirtschaft enthalten; sie mußten vielmehr Handlungen vornehmen, Maßnahmen treffen, welche ebenso gut Aeußerungen des Erbenwillens sein konnten wie auch nicht.

Die Bedeutung dieser Handlungen erörtert Ulpian an verschiedenen Stellen seines Ediktkommentars.

Wenn z. B. die Kinder ihren Vater beerdigen, so ist hieraus ein Schluß möglich sowohl auf den Willen, Erbe sein zu wollen, wie auf den Willen, eine Pflicht der Pietät zu erfüllen: . . . . filii, cum parentes suos funerant, ... licet ex hoc ipso neque pro herede gestio neque aditio praesumitur . . . . (fr. 14 § 8 D de relig. 11,7).

Ferner gestatten Handlungen, die an Erbschaftssachen vorgenommen werden, meist disjunktiv einen Schluß sowohl auf den einen, wie auf den anderen Willen: . . . . si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, apparet non videri pro herede gessisse (fr. 20 pr. D. 29,2). Wenn daher der berufene Erbe die Erbschaftsgegenstände während der Deliberationszeit ordnungsgemäß behandelt und verwaltet, so läßt dies Verhalten ebensogut den Schluß zu, daß er dies im eigenen Interesse, wie, daß er dies im Interesse des für den Fall seines Ausschlagens bestimmten Erben thue; fr. 20 § 1 cit: servos hereditarios pavit iumenta aut pavit aut distraxit: si hoc ut heres, gessit pro herede: aut si non ut heres, sed ut custodiat . . . . . . aut dum deliberat quid fecit, consulens ut salvae sint res hereditariae, si forte ei non placuerit pro herede gerere, apparet non videri pro herede gessisse, proinde et si fundos aut aedes locavit vel fulsit vel si quid aliud fecit non hoc animo, quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est vel ab intestato heres exstaturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit: in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit.

Einen anderen Fall berichtet Pomponius in fr. 78 eod: Zwei Brüder bewirtschaften gemeinsam ihr ganzes Hab und Gut, das ihr Miteigentum ist; der eine stirbt und der andere wird zur Erbschaft berufen. Auch hier lassen Wirtschaftshandlungen, die der letztere kraft seines Miteigentums weiter an dem gemeinsamen Gut vornimmt, keinen sicheren Schluß auf den Willen zu: consulebat, num ob eam rem, quod communibus, cum sciret eum mortuum esse, usus esset, hereditati se alligasset. respondit, nisi eo consilio usus esset, quod vellet se heredem esse, non adstringi. itaque cavere debet, ne qua in re plus sua parte dominationem interponeret.

Das Gebiet der Fälle, in denen ein Verhalten mit disjunktiv möglichem Schluß denkbar erscheint, ist aber nicht auf die pro herede gestio beschränkt. Welche im einzelnen noch hierher gehören, wird durch die Verkehrsauffassung bestimmt, wie denn überhaupt die Grenze zwischen den Fällen des hier erörterten Verhaltens und den echten Willenserklärungen nur durch den Verkehr gezogen wird.

In den Quellen begegnen uns vor allem noch die Fälle der Leichenbestattung.

Wer einen Toten auf seine Kosten beerdigt, während dies eigentlich die Pflicht der Angehörigen wäre, kann zu seinem Verhalten bestimmt werden entweder durch den Willen, eine Pflicht dieser Angehörigen, oder durch den, einen Wunsch des Verstorbenen zu erfüllen, oder um seinem eigenen frommen Gefühle Genüge zu thun; auch dies letztere kann von verschiedener Art sein und damit einen zweifachen Willen hervorrufen: sein Gefühl kann befriedigt sein, wenn es blos den Toten beerdigt weiß, oder er fühlte sich getrieben, auch selber die Aufwendungen dafür zu tragen.

Jenachdem nun sein Verhalten Aeußerung des einen oder anderen Willens war, sind auch die rechtlichen Folgen verschieden; wollte er z. B. blos die Pflicht der Erben erfüllen, so kann er von ihnen als negotiorum gestor den Ersatz seiner Auslagen verlangen; that er es rein aus Pietät, so hat er keinerlei Anspruch. (Fr. 14 § 7 D. de relig. 11.7.)

In allen Fällen des disjunktiv möglichen Schlusses können sich nun nach dem oben erörterten Prinzip des Verkehrs die Interessenten zunächst auf den ihnen günstigsten Schluß des Verhaltens Z berufen; in den Fällen der scheinbaren pro herede gestio können also z. B. die Erbschaftsgläubiger den scheinbaren Erben auf Bezahlung der Erbschaftsschulden belangen, in den Fällen der Bestattung können die in Anspruch genommenen Angehörigen geltend machen, die Bestattung sei pietatis causa geschehen; dort genügt zur Klagebegründung, hier zur Begründung des Antrages auf Abweisung lediglich die Berufung auf das Verhalten des A[1]). Und dessen Sache ist es, die Unrichtigkeit des von der Gegenpartei gezogenen Schlusses darzuthun, indem er nachweist, daß das Verhalten Z die Aeußerung des Willens x oder y war und deshalb nicht die des Willens z sein konnte.

Dieser Nachweis ist naturgemäß schwierig, wie jeder Beweis eines rein innerlich gebliebenen psychischen Vorganges, und sicherlich oft überhaupt unmöglich; daher wird, um dieser nachträglichen Untersuchung seines Willens entraten zu können, der Handelnde sich meist schon im Voraus des Beweises versichert haben, indem er vor Zeugen den Willen mündlich mitteilte, dessen Aeußerung sein Verhalten sein sollte.

So rät denn auch z. B. Ulpian in fr. 14 § 7 cit. dem, der einen Leichnam beerdigt: oportebit igitur testari, quem quo

[1]) Dies geht deutlich aus fr. 14 § 8 D. (11,7) hervor; vgl. S. 44, Note 1

animo funerat, ne **postea** patiatur quaestionem. Daß dies hier und ebenso in anderen Fällen gleicher Natur auch in der That geschah, lehrt der folgende § 8: Plerique filii cum parentes suos funerant, vel alii qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro herede gestio neque aditio praesumitur, tamen ne vel miscuisse se necessarii vel ceteri pro herede gessisse videantur, solent testari pietatis gratia[1]) facere se sepulturam. (Ebenso fr. 20 § 1 D. 29,2: et ideo solent testari liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa aut pro suo)[2]).

Daß diese testatio nicht mit der später noch zu erörternden Verwahrung bei einem eine echte Willenserklärung bildenden Verhalten identisch ist, ist klar: während bei letzterem die Verwahrung nötig ist, um den Schluß auf den Willen auszuschließen und damit dem Verhalten den Charakter der Willenserklärung zu benehmen, hat die testatio lediglich eine beweissichernde Funktion; sie soll nur verhüten, daß, falls sie fehlt, der Handelnde später patiatur quaestionem voluntatis, während für echte Willenserklärungen beim Mangel einer Verwahrung eine spätere quaestio voluntatis durchaus ausgeschlossen ist[3]). Die testatio, die Erklärung vor Zeugen, kann daher durch jedes andere Beweismittel ersetzt werden; sie braucht ferner nicht in derselben engen Verbindung mit dem schlüssigen Verhalten zu stehen, wie die Verwahrung.

Die Untersuchung des Verhaltens mit disjunktiv möglichem Schlusse ergiebt also: Willenserklärung ist ein solches Verhalten nicht; indessen ist es kraft der erwähnten Abneigung des Verkehrs gegen Mehrdeutigkeiten häufig in der Lage, die Funktion einer Willenserklärung zu versehen, eine Willenserklärung zu ersetzen. Da somit in manchen Fällen, wo der Thatbestand eine Willenserklärung fordert, wo eine solche jedoch nicht, sondern nur

[1]) Auch dadurch wird ihr Verhalten noch nicht eindeutig; da es 3 mögliche Schlüsse zuläßt, nämlich a) Erbschaftswillen, b) Pietätswillen mit Kostenerstattung, c) Pietätswillen ohne Erstattung, so wird durch diese Erläuterung nur der Wille zu a) ausgeschlossen. Die beiden Willen, b) und c) bleiben gleich möglich. Wollten sie daher die Kosten ersetzt haben, so können sich die dieserhalb von ihnen Beklagten einfach auf den ihnen günstigsten Schluß berufen. Der Ausgang des § 8 cit. bestätigt also die oben vorgetragene Regel.

[2]) Vgl. ferner fr. 33 (34) D. de neg. gest. (3.5) i. Vbd. mit c. 11 C. de neg. gest. (2.19).

[3]) Unrichtig also Bekker, System II, S. 79 c.

ein derartiges Verhalten vorliegt, die Rechtsfolgen dennoch eintreten — so hat man bisher auch dies Verhalten als Willenserklärung aufgefaßt.

Daß dieser Name ihm nicht gebührt, wurde ausgeführt; die folgende Darstellung — soweit es ihr obliegt, zu untersuchen, innerhalb welcher Grenzen ihm die Fähigkeit zukommt, eine Willenserklärung zu ersetzen, und welche rechtlich von derjenigen der Willenserklärungen verschiedene Behandlung es erheischt — wird mit Rücksicht auf jene Fähigkeit von „unechten Willenserklärungen“ im Gegensatze zu den echten sprechen. Eine Einteilung der Willenserklärungen aber kann von den hier entwickelten Gesichtspunkten aus jedenfalls nicht gewonnen werden.

Die Untersuchung wird sich daher der Einteilung der Willenserklärungen zuwenden müssen, welche allgemein als grundlegend für das Recht des BGB. betrachtet wird: der Einteilung der Willenserklärungen in empfangs- und nichtempfangsbedürftige.

Je reicher und intensiver sich ein Verkehr entwickelt, mit je zahlreicheren Fäden er die Einzelinteressen untereinander verknüpft, desto weniger werden die Willensäußerungen des Einzelnen sich auf seine Macht- und Rechtssphäre beschränken, desto mehr suchen sie daher mit bewußter Absicht Zweck und Ziel in der Einwirkung auf einen fremden Rechtskreis.

Diese verschiedene Zweckbestimmung der Willenserklärungen begründet eine Verschiedenheit, die zweifellos vollen Anspruch darauf machen kann, Beachtung durch das Recht zu finden. Das ist der Unterschied zwischen den Erklärungen, die einen Adressaten haben, an jemanden gerichtet sind, und denjenigen, welche keinen Adressaten haben, welche in die Luft hinausgesandt werden.

Es wäre daher an sich durchaus denkbar, — ob es praktisch wäre, ist eine andere Frage — daß ein Rechtssystem auf diesen Unterschied eine verschiedene rechtliche Behandlung aufbaute, indem es etwa die Wirksamkeit adressierter Willenserklärungen an andere Voraussetzungen knüpfte, als die nicht-adressierter, oder ihren Bestand gegenüber Willensmängeln unter andere Grundsätze stellte.

Lenel hat dies als für das gemeine Recht zutreffend nachzuweisen gesucht; und diese Einteilung betrachtet er auch als dem BGB. immanent[1]).

[1]) Iherings Jahrb., Bd. 36, S. 4 ff. Er stellt den Satz auf: bei nicht-adress. W.-E. sei zur Stellvertretung kein Handeln „im fremden Namen“ erforderlich. Wenn aber der Handelnde, wie er S. 5, Note 3 sagt: „durch seine

Daß dies an sich möglich wäre, ist natürlich unbestreitbar; auch das BGB. würde seinen Normen die Einteilung der Willenserklärungen in adressierte und nicht-adressierte haben zu Grunde legen können. Die Frage ist nur, hat es dies gethan?

Die sedes materiae seiner hier in Betracht kommenden Einteilung ist § 130, Absatz 1, Satz 1:

„Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht."

Das Gesetzbuch unterscheidet also *nicht*: Willenserklärungen, welche einem anderen gegenüber *abgegeben werden* (adressierte) und solche, welche nicht einem andern gegenüber abgegeben *werden* (nicht-adressierte) — sondern: Willenserklärungen, welche einem andern gegenüber *abzugeben sind* und solche, welche dies *nicht sind*.

Beides ist sichtlich verschieden: eine Erklärung, die einem andern gegenüber abgegeben *wird*, ist nicht notwendig eine solche, die ihm gegenüber *abzugeben ist*, d. h. abgegeben werden *muß*.

So ist zweifellos die gemäß § 1598 erfolgte Anerkennung des Kindes durch den Vater keine Willenserklärung, die gegenüber jemandem abgegeben werden *muß*; und ebenso zweifellos ist, daß sie gegenüber einem andern abgegeben werden *kann*.

Welche juristische Natur hat aber der Begriff einer Willenserklärung, die „einem anderen gegenüber abzugeben ist", wie wir ihn der Einteilung des BGB. zu Grunde legen müssen?

Daß aus dieser Formulierung für die Natur der Willenserklärung selbst nichts weiter zu folgern ist, als daß es sich hier um eine adressierte handelt, ist ebenso einleuchtend, wie daß aus dem eben angegebenen Grunde mit dieser Erkenntnis für den der Einteilung des § 130 zu unterstellenden Begriff nichts gewonnen werden kann. Der Grund ist klar; daß eine Erklärung „gegenüber einem andern abzugeben ist", — nämlich: um die betreffende rechtliche Wirkung zu erzeugen — sagt eben nicht aus über *das Wesen*

Handlung *irgendwie* den Willen erkennen läßt, daß die Erbschaft seinem Auftraggeber erworben sein solle" — so ist dies eben ein *Handeln in fremdem Namen*. Der Fall des BGB. § 164, Abs. 1, Satz 2 ist damit ja gegeben. Im Uebrigen gehen, wie bereits erwähnt, seine Ausführungen dahin, die verschiedene Behandlung der Stellvertretung nicht auf einen wesentlichen Unterschied zwischen adressierten und nichtadressierten Willenserklärungen, sondern auf das typische Interesse des Erklärungsempfängers zurückzuführen.

der Erklärung, sondern über *die Voraussetzungen der betreffenden* rechtlichen *Wirkung*. Das Wesen der Erklärung kann in zwei gegebenen Fällen das gleiche sein, nämlich das einer adressierten Willenserklärung; während aber in einem Fall die Adressierung *Thatbestandsmoment* der Wirkung ist, ist sie es im anderen Falle nicht.

Die Einteilung des BGB. ist also nicht eine Einteilung der Willenserklärungen, sondern eine Einteilung der Thatbestände. Es giebt nach dem BGB. Thatbestände, welche eine adressierte Willenserklärung erfordern und Thatbestände, welche keine solche erfordern. Im ersteren Fall muß die Willenserklärung gegenüber einem anderen abgegeben werden, eine nicht-adressierte Erklärung genügt nicht, um die Wirkung hervorzubringen; im letzteren Falle genügt *jede* Willenserklärung, um die Wirkung zu erzeugen, sind daher adressierte, wie nicht-adressierte Erklärungen zulässig. Mit anderen Worten: da der Thatbestand einer Rechtswirkung, dessen wesentliches Element eine Willenserklärung ist, den Begriff des Rechtsgeschäftes ausmacht, — *die Einteilung des BGB. ist nicht eine Einteilung der Willenserklärungen, sondern eine Einteilung der Rechtsgeschäfte.*

Auf diese Einteilung bezieht sich § 130; er unterstellt Rechtsgeschäfte, deren Thatbestand als Element eine adressierte Willenserklärung fordert, und solche, deren Thatbestand dies nicht erfordert. Und für die ersteren normiert § 130 als weiteres Element das *Zugehen* der adressierten Erklärung, sodaß wir zwei Gruppen von rechtsgeschäftlichen Thatbeständen, je mit folgenden Elementen, haben:

Gruppe A: a + b + . . . + adressierte Willenserklärung + Zugehen.

Gruppe B: a + b + . . . + Willenserklärung.

Will man diese Gruppen durch kurze Schlagworte bezeichnen, welche die wesentlichen Elemente der Thatbestände wiedergeben, so mag man sie — indem man die kleine Ungenauigkeit mit in den Kauf nimmt, daß die Erklärung nicht empfangen zu werden, sondern nur zuzugehen braucht — als *„Rechtsgeschäfte mit empfangsbedürftigen Willenserklärungen"* und *„Rechtsgeschäfte mit nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen"* einander gegenüberstellen, wobei allerdings das Kriterium der Adressier-

ungsbedürftigkeit auf seiten der Willenserklärungen der Gruppe A nicht zum Ausdruck gelangt.

Dabei muß man sich jedoch dessen bewußt bleiben, daß hier die Empfangsbedürftigkeit **keine Eigenschaft** der betreffenden **Willenserklärung** ist, um sich damit vor dem **Irrtum** zu bewahren, diese Eigenschaft als Kriterium aufzufassen, welches das BGB. **einer Einteilung der Willenserklärungen** zu Grunde gelegt hätte.

In der That ist dieser Irrtum von der gesamten Litteratur ohne Ausnahme begangen worden.

Mitschuldig an ihm ist allerdings die Terminologie des Gesetzbuchs mit ihrer Gleichstellung der Begriffe „Willenserklärung" und „Rechtsgeschäft"; hier haben wir ein schlagendes Beispiel für die Gefährlichkeit einer derartigen Begriffsverwirrung.

Von **Zitelmann**[1]), der den Terminus der „empfangsbedürftigen Willenserklärung" geprägt hat, bis zu den neuesten Darstellungen[2]) des Rechtes des BGB. findet sich überall die Auffassung vertreten, die sich mit den Rechtsgeschäften befassenden Normen des BGB. seien der Ausfluß einer Einteilung der Willenserklärungen, welche auf Grund der Erkenntnis von der **wesentlich verschiedenen Natur** der beiden Arten der „empfangsbedürftigen" und „nicht-empfangsbedürftigen" Erklärungen für jede dieser Arten eine verschiedene rechtliche Behandlung als notwendig ergeben hätte.

Als Beispiel mag hier die Darlegung **Hellmanns** (Vorträge Allg. Teil S. 59 ff.) folgen — nicht weil sie etwa in größerem

[1]) Rechtsgeschäfte im Entwurf I, S. 22 ff. Vgl. auch **Strohal** in Iherings Jahrb., Bd. 28, S. 352.

[2]) Vgl. z. B. **Cosack**, Lehrbuch I, S. 147 ff., **Endemann**, Einführung I, S. 274 ff. **Enneccerus**, Bürg. Recht I, S. 128, III ff. **Eck**, Vorträge I, S. 123.

Eine nur scheinbare Ausnahme macht **Hellmann** (Vorträge, S. 60), wie gleich erörtert werden soll; er bekämpft an der Einteilung der Willenserklärungen in empfangs- und nichtempfangsbedürftige nur die Bezeichnung, nicht die Sache. Ebensowenig trifft das Richtige **Kohlers** Widerspruch gegen **Zitelmanns** Benennung (in seinem Arch. f. bürg. R., Bd. 13, S. 218), der geltend macht, daß die Erklärung zu ihrer Gültigkeit nicht empfangen, sondern nur adressiert zu werden brauche. Natürlich wäre das für den oben gekennzeichneten Irrtum irrelevant: auch die Adressierungsbedürftigkeit ist nicht Eigenschaft der Erklärung, sondern Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Thatbestandes. Aber auch sonst hat **Kohler** jedenfalls Unrecht. (So schon **Eck**, Vorträge I, S. 123, Note 2.)

Maße irrte, als die anderen, sondern weil hier der Irrtum eine besonders anschauliche Form erhalten hat.

Hellmann führt aus: „Prüfen wir die erlaubten menschlichen Handlungen mit möglichen Rechtsfolgen auf ihr inneres Wesen, so wird sich unschwer ein Unterschied von einschneidender Bedeutung entdecken lassen. . . . . . Es giebt rechtswirksame Handlungen, die keinen Adressaten zu haben brauchen, und solche, denen ein Adressat unentbehrlich ist. Wir können der Unterscheidung halber jene „Willensverwirklichungen" nennen, diese „Willenserklärungen". Aeußerungen des menschlichen Willens sind sie beide. Wir werden auf diese Unterscheidung das größte Gewicht zu legen haben, da wir in der Darstellung der Rechtsgeschäftslehre immer wieder darauf zurückgreifen müssen. **Willenserklärungen**, die nicht Jemand gegenüber abzugeben wären, kennt das Gesetz nicht. Es ist daher **falsch**, wenn die bisherigen Bearbeiter der Entwürfe und die Herausgeber des Gesetzestextes die **Willenserklärungen in empfangsbedürftige** und in **nichtempfangsbedürftige** nach **Zitelmanns** Vorgang einteilen."

Was zunächst die Polemik gegen **Zitelmann** angeht, so ist sie in dieser Form unberechtigt. Wie **Hellmanns** ganze Ausführungen ergeben, ist das, was er „Willenserklärung" nennt, vollkommen identisch mit dem, was bei **Zitelmann** „empfangsbedürftige Willenserklärung" genannt wird, und ebenso ist **Zitelmanns** „nichtempfangsbedürftige Willenserklärung" dasselbe, was ihm „Willensverwirklichung" heißt. Ein sachlicher Unterschied besteht zwischen beiden Einteilungen nicht; der ganze Streit ist ein solcher um den Namen. Nun kann ja auch die Bekämpfung einer Benennung sehr wohl berechtigt sein, falls letztere Verwirrungen und Verwechslungen befürchten läßt. **Dieser** Vorwurf kann der **Zitelmannschen** Terminologie aber kaum gemacht werden; im Gegenteil, den Gedanken, den sie ausdrücken soll, bezeichnet sie — wie schon erwähnt, nicht völlig genau — jedenfalls aber durchaus klar; daß dieser Gedanke an sich nicht richtig ist, verschlägt für die Terminologie als solche nichts und liegt **Hellmann** selbst übrigens bei seiner Polemik völlig fern.

Der Streit ist also reine Namensfrage; Namen aber sind ceteris paribus Geschmacksache. Im vorliegenden Falle dürfte **Hellmann** um deswillen unrecht haben, weil seine eigene Nomenklatur, wie er selbst bemerkt hat, von ihm willkürlich gewählt ist und zwar **entgegen dem Sprachgebrauche des BGB.**

Das BGB. redet, wo Hellmann, wie z. B. bei letztwilligen Verfügungen, von „Willensverwirklichungen" gesprochen wissen will, von „Erklärungen" des Willens. (Vgl. z. B. §§ 2231, 2238, 2241 Z. 3.)

Sachlich ist die Einteilung Hellmanns, wie erwähnt, die gleiche, wie die Zitelmanns. Auch er scheidet die Willensäußerungen in solche, die zu ihrer Wirkung einen Adressaten nötig haben und solche, bei denen dies nicht der Fall ist; und diese Einteilung nach den Erfordernissen der rechtlichen Wirksamkeit bezeichnet er als einen Unterschied ihres „inneren Wesens" von „einschneidender Bedeutung." Der Irrtum, als ob das BGB. in § 130 eine Einteilung der Willenserklärungen — und zwar eine auf der Verschiedenheit ihres „inneren Wesens" beruhende Einteilung — statuiert habe, indem es für die Wirksamkeit gewisser Rechtsgeschäfte eine adressierte Willenserklärung forderte, ist also bei Hellmann nicht etwa geringer, als bei denjenigen, welche die aus dieser Einteilung sich ergebenden Arten der Willenserklärungen als „empfangsbedürftige" und „nichtempfangsbedürftige" von einander scheiden.

Daß das „innere Wesen" einer Willenserklärung nichts mit der Frage zu thun haben kann, welche Erfordernisse ein rechtsgeschäftlicher Thatbestand, dessen Element jene bildet, haben muß, um die betreffende Wirkung zu erzielen, ist auch in seinen Ausführungen verkannt worden.

Die dem BGB. bei seiner Normengebung zu Grunde liegende Einteilung ist sonach — das mag hier nochmals betont werden — nicht eine Einteilung, welche sich auf das innere Wesen der Willenserklärungen bezöge und in ihm einschneidende Unterschiede hervorheben wollte, nicht also eine Einteilung der Willenserklärungen.

Allein dieser Irrtum, der geeignet ist, die Erkenntnis vom Wesen der Willenserklärung und namentlich die Untersuchung der rechtsgeschäftlichen Thatbestände empfindlich zu verwirren, ist nicht der einzige geblieben.

Die Einteilung der Willenserklärungen in empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige ist nämlich identifiziert worden mit der in adressierte und nichtadressierte, welch letztere Einteilung, wie oben ausgeführt, das BGB. allerdings hätte zu Grunde legen können, welche es aber nicht zu Grunde gelegt hat. Auf diesem Gedanken

beruhen die Ausführungen von Bekker[1]) (System, II. Bd. S. 76 Beil. II): „EBG. 74: ‚Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben wird (Empfänger der Willenserklärung) usw.' Gegen die Fassung wäre verschiedenes zu erinnern, die Unterscheidung selber aber ist sachlich begründet; zur bequemen Bezeichnung werde ich, nach Analogie von ‚ansprechen', ein erklären dieser Art ‚**an**erklären' heißen, und dem entsprechend die Ausdrücke ‚Anerklärung', ‚Anerklärer', ‚Anerklärte' verwenden.

Es dürfte nun zunächst darauf ankommen, die einzelnen Stücke der beiden Gruppen von Willenserklärungen ‚Anerklärungen' — ‚Nichtanerklärungen' ausfindig zu machen. . . . .

— — — — — — — — — — —

Uebrigens läßt sich erwarten, daß längere Betrachtung der sachlich verschiedenen Arten von Willenserklärungen auch noch weitere Differenzen der rechtlichen Behandlung herausstellen wird. Hier hat EBG. in der That auf ein nur durch eingehende wissenschaftliche Arbeit zu bewältigendes Problem verwiesen."

Bekker unterscheidet also Erklärungen, die an jemanden gerichtet sind, Anerklärungen, und Nichtanerklärungen; diese beiden Gruppen sind nach ihm vom Entwurfsrecht unter verschiedene rechtliche Grundsätze gestellt worden, deren bedeutsamster der in § 74 (BGB. § 130) ausgesprochene sei. Daß dies in der That unrichtig ist, daß das BGB. allerdings adressierte und nichtadressierte Willenserklärungen unterscheidet, aber nicht, um sie generell unter verschiedene rechtliche Grundsätze zu stellen, wurde oben ausgeführt. Inwiefern diese Einteilung dennoch von Bedeutung ist, wird an einem späteren Orte darzulegen sein. An dieser Stelle ist nur die Negative wichtig, und sie ermöglicht uns, als Ergebnis dieser ganzen Untersuchung den Satz aufzustellen: innerhalb der (echten) Willenserklärungen kennt das Recht wesentliche Unterschiede, welche die rechtliche Behandlung bestimmten, nicht.

[1]) Auch z. B. bei Endemann I, S. 282 muß es betr. der Erbschaftsannahme richtig heißen: „keinen Empfänger zu haben braucht" statt „hat".

III. Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts.

1. Das Thatbestandsmoment der Abgabe.

a) Der Normalfall.

Eine Willenserklärung ist ein schlüssiges Verhalten mit dem Bewußtsein dieser Schlüssigkeit. Eine Willenserklärung abgeben heißt also ein solches Verhalten bewußt beobachten.

Eine gültige Willenserklärung liegt daher überall da nicht vor, wo entweder das Verhalten mangelhaft ist oder das Bewußtsein fehlt und fehlen darf.

Hinsichtlich des ersten Erfordernisses sagt das BGB. dies ausdrücklich nur für die Fälle des formell genau vorgezeichneten Verhaltens.

§ 125: Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.

Indessen ist der Satz des § 125 nicht, wie dies aus seiner Fassung scheinen und wie dies seine Behandlung in den Lehrbüchern glauben machen könnte, eine für formelle Willenserklärungen vorgeschriebene Singularität. Er ist weiter nichts, als eine Anwendung der für alle Willenserklärungen geltenden Regel. Wie bereits dargelegt wurde, ist eine sogenannte formelle Willenserklärung durchaus nicht wesentlich von den anderen verschieden. Jede Willenserklärung ist ein schlüssiges Verhalten — bei den sogenannten formellen ein genau vorgezeichnetes, bei den anderen ein beliebiges. Ist dies Verhalten fehlerhaft, d. h. entspricht es den an seine Schlüssigkeit zu stellenden Anforderungen nicht, so liegt keine Willenserklärung vor, m. a. W., die Willenserklärung ist nichtig; dies gilt für das formell vorgezeichnete ebenso, aber nicht mehr, als für jedes andere in sich fehlerhafte Verhalten.

Die formlose Willenserklärung ist daher nichtig, wenn das Verhalten so undeutlich ist, daß es den Schluß auf den Willen nicht zuläßt; bei dunklen und zweideutigen Worten ist in der Regel, falls beide Deutungen einen Sinn geben, zu Ungunsten dessen zu

interpretieren, dem die Zweideutigkeit zur Last fällt, der sich deutlicher hätte ausdrücken können [1]).

Fr. 21, 34 pr. D. (18,1) fr. 38 § 18, 99 pr., 106, 110 § 1 D. (45,1).

Jedoch ist hier, worauf namentlich Danz [2]) hingewiesen hat, eines zu beachten. Bei Verträgen nämlich ist, solange es irgend möglich ist, eine vernünftige Deutung zu finden, eine Nichtigkeitserklärung des Vertrages zu vermeiden, vielmehr von dem Zwecke aus, den die Parteien dabei verfolgt haben, deren mutmaßlicher Wille zu ermitteln; semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta (Paulus). fr. 21 (22) D. de reb. dub. (34,5).

Eine Willenserklärung ist ferner nichtig, wenn das beobachtete Verhalten in sich widerspruchsvoll ist, d. h. wenn der aus einem Teil des Verhaltens sich ergebende Schluß auf den Willen durch den aus einem anderen Teil resultierenden Schluß negiert wird. Dies ist z. B. der Fall bei den sog. simulierten Willenserklärungen; hier zerfällt das die Erklärung bildende Verhalten in zwei meist zeitlich getrennte Bestandteile: der eine, welcher nach außen hin den Schein einer wirklichen Erklärung hervorbringen soll, läßt den Schluß auf den Willen zu, der andere, welcher dem Erklärungsgegner von der Beabsichtigung dieses Scheines Kenntnis giebt und ihn ins Einverständnis zieht, verhindert jenen Schluß. Die Willenserklärung ist nichtig (§ 117).

Ebenso liegt die Sache im Falle der erkennbaren Nichternstlichkeit der Erklärung (§ 118); auch hier wird der von einem Teil des Verhaltens gestattete Schluß von einem anderen Teil negiert. Ebenso ferner im Falle der erkennbar gewordenen Mentalreservation (§ 116 Satz 2).

Eine Willenserklärung ist ferner nicht abgegeben, wenn das zweite Erfordernis, der Erklärungswille mangelhaft ist, wenn also das Bewußtsein von der Schlüssigkeit des Verhaltens fehlt und fehlen darf.

---

[1]) Eine vielumstrittene Stelle ist das fr. 3 D. de reb. dub. (34,5). Es scheint, als ob es aussichtslos ist, daß das Dunkel je gelichtet werde, denn — wie mit Gewißheit angenommen werden darf — hat hier die Schere der Kompilatoren derart unbarmherzig gewaltet, daß die beiden Reste, die geblieben sind, einander innerlich durchaus fremd gegenüberstehen, — wie zum Hohn noch mit itaque verbunden — und daß jeder von ihnen einzeln genommen unzweifelhaft falsch ist.

[2]) Auslegung der Rechtsgesch., insbes. S. 80 ff.

Hier sind namentlich die Fälle lokal verschiedenen Sprachgebrauches wichtig [1]).

Wenn jemand an einem bestimmten Orte ein Verhalten beobachtet, das nach der Ortssitte Erklärung eines gewissen Willens ist, so ist diese Willenserklärung dann nicht als von ihm abgegeben zu betrachten, wenn er diese Ortssitte nicht kannte und, z. B. weil er erst kurze Zeit oder nur vorübergehend am Orte weilte, nicht zu kennen brauchte [2]).

Die Entscheidung Endemanns [3]) für das von ihm gewählte Beispiel: ein Norweger mietet in Deutschland das erste Stockwerk eines Hauses, indem er darunter (entsprechend seiner Heimatsprache) die Parterrewohnung, der Vermieter die erste Etage versteht — wonach kein Vertrag zustande gekommen sei — ist daher nur bedingt richtig. Denn, wenn der Norweger schon mehrere Jahre in Deutschland lebte, so daß ihm die Bedeutung hätte bekannt sein müssen, gilt als seine Willenserklärung das, was dem Vermieter als solche erscheinen mußte.

Einen hierhin gehörigen Fall hat Hartmann [4]) mitgeteilt: ein Baseler Kaufmann nimmt die ihm von einem Antwerpener Haus gemachte Offerte von „50 Faß Petroleum November-Expedition" an; nachher erklärt er, er habe darunter Petroleum verstanden, das ihm im November geliefert werde, während, wie der Verkäufer geltend macht, der Petroleumhandel darunter Petroleum versteht, das erst im November in Amerika gewonnen wird und von dort abgeht. Das Gericht verurteilte den Käufer, „weil er den Ausdruck hätte kennen sollen", eine Entscheidung, der auch Hartmann mit Recht beistimmt.

Zahlreiche belehrende Fälle aus der Praxis des Handelsverkehrs hat ferner Ehrlich [5]) beigebracht; hier wird überall das von einer Partei beobachtete Verhalten in dem Sinne als schlüssig betrachtet, den sie nach der im Verkehr herrschenden Usance als solchen kennen muß.

Die Abgabe ist nun aber nicht bei allen Willenserklärungen gleich. Es giebt innerhalb der Willenserklärungen zwei verschiedene

[1]) Hierzu Danz, a. a. O. S. 156 ff.
[2]) Dahin wird man wohl die Auffassung von Danz, S. 157 berichtigen müssen, wonach es auf die Kenntnis des Erklärenden schlechthin nicht ankomme.
[3]) Einführung I, S. 296 Note 9.
[4]) Jherings Jahrbücher, Bd. 20 S. 66.
[5]) Stillschweigende Willenserklärung S. 28 ff.

Arten, die sich in der Regel, wie durch das beobachtete Verhalten, so auch durch den Erklärungswillen unterscheiden.

Diese beiden Arten der Erklärungen sind die adressierten und die nichtadressierten.

I. Adressierte Erklärungen sind solche, welche, wie das BGB. sagt, gegenüber jemandem oder, wie man [1]) es auch formuliert hat, in der Richtung auf jemanden abgegeben werden. Sie umfassen die bei weitem größere Zahl aller Willenserklärungen. Wann ist nun eine Erklärung „gegenüber jemandem" abgegeben? Für das Verhalten in seiner objektiven Erscheinung ist zunächst die Möglichkeit erfordert, daß dasselbe von demjenigen, dem es gilt, unmittelbar wahrgenommen werden kann. Indessen dies allein genügt nicht; auch bei nichtadressierten Erklärungen ist die Möglichkeit der Wahrnehmung nicht ausgeschlossen.

Es wird daher ferner gefordert, daß diese Möglichkeit nicht als etwas Exoterisches zu dem Verhalten hinzutrete, sondern daß sie in dem Verhalten selbst begründet ist [2]). Wenn jemand ein Verhalten beobachtet unter Umständen, welche normaler Weise die Möglichkeit der Wahrnehmung ausschließen, so liegt eine adressierte Erklärung auch dann nicht vor, wenn infolge eines singulären Umstandes, der bei dem Verhalten nicht berücksichtigt worden ist, diese Möglichkeit gleichwohl vorhanden war.

Wenn also z. B. ein schüchterner Liebhaber, um Sicherheit zu gewinnen, den Heiratsantrag, den er seiner Erwählten zu machen gedenkt, zunächst einmal an einsamer Waldstelle mit lauter Stimme hersagt, so ist eine Erklärung nicht abgegeben, selbst wenn die Liebste zufällig in der Nähe war und den Antrag gehört hat.

Für solche adressierte Erklärungen, bei denen ein wesentliches Element die Setzung von bleibenden Zeichen ist, folgt aus jenem Erfordernis, daß z. B. eine Urkunde begeben sein muß, d. h. der Erklärende muß sie auf den Weg zur Wahrnehmung durch den Adressaten gebracht haben.

Wenn daher, bevor dies geschehen ist, die Urkunde zufällig zur Kenntnis des Adressaten gelangt, so ist dennoch eine Erklärung noch nicht vorhanden.

[1]) Regelsberger, Civilrechtl. Erört. S. 4 ff.
[2]) Es ist mithin unrichtig, wenn Cosack (Lehrbuch I S. 177 a) hier scheiden will zwischen der Thätigkeit des Erklärenden, welche die Erklärung abgiebt, und derjenigen, welche dem Empfänger die Kenntnisnahme ermöglicht. Diese Möglichkeit muß in der Abgabe der Erklärung selbst liegen.

Aus dem Erfordernis, daß die Erklärung gerade dem Adressaten wahrnehmbar werden soll, folgt ferner, daß bei der Abgabe auf dessen Wahrnehmungsfähigkeit Rücksicht genommen werden muß. Indessen ist hier eine gewisse Grenze zu setzen; außergewöhnliche Umstände schaden dem, der sie verursacht[1]).

Noch ist auf einen Unterschied hinzuweisen, der hier von Wichtigkeit ist und den das Gesetzbuch selber hervorhebt.

Bei adressierten Willenserklärungen ist, wie erörtert, die Richtung auf den Adressaten Thatbestandsmoment der Abgabe, die Erklärung ist also unvollendet und mangelhaft, solange ihr dies Erfordernis fehlt. Davon zu unterscheiden ist der Fall, wo von einer vollendeten Erklärung oder sogar von einem vollendeten Rechtsgeschäft einem Anderen Mitteilung gemacht, ihm diese Thatsache kund gegeben wird. Bezieht sich die Kundgebung auf ein vollendetes Rechtsgeschäft, so wird sie von rechtlicher Bedeutung nur, wenn sie einem Anderen, als dem Adressaten der Erklärung gegenüber abgegeben wird; praktisch wird sie aber auch nicht selten gerade an diesen gerichtet[2]). Bezieht sie sich auf eine vollendete Erklärung, so kann sie, sei sie an den Adressaten, sei sie an einen Dritten gerichtet, von rechtlicher Bedeutung werden. Immer aber ist sie nicht Teil der Erklärung selbst, ist also nicht Moment einer Willenserklärung. Sie gehört zu der Klasse von rechtlich bedeutsamen Anzeigen, Mitteilungen usw. thatsächlichen Inhalts, welche im großen und ganzen analog wie rechtsgeschäftliche Erklärungen behandelt werden[3]).

Das Gesetzbuch scheidet hier scharf. Nach § 167 Abs. 1 erfolgt die Erteilung der Vollmacht durch adressierte Erklärung und zwar mit alternativem Adressaten: entweder a) gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder b) gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Im Falle a) kann aber der Prinzipal

---

[1]) Mit dieser Einschränkung ist der von Cosack aufgestellte Satz (Lehrbuch I S. 177 b) richtig; wenn z. B. — um seinen Fall zu präzisieren — ein Pole in Deutschland sich aufhält, so braucht auf seine Unkenntnis der Sprache m. E. keine Rücksicht genommen zu werden. Wer in fremdsprachigem Lande ohne Kenntnis der Sprache in Verkehr tritt, thut dies auf seine Gefahr.

[2]) Zitelmann, Rechtsgesch. i. Entw. I S. 32ff.

[3]) Z. B. A akzeptiert schriftlich die Offerte des B. Dieser erhält die Annahme, läßt aber nichts von sich hören. A, der befürchtet, seine Erklärung könne verloren gegangen sein, benachrichtigt nach einiger Zeit den B von der durch ihn erfolgten Annahme seines Antrages. Rechtliche Bedeutung hat diese Mitteilung nicht.

dem Dritten von dem vollendeten Rechtsgeschäft Mitteilung machen, welche letztere alsdann zwar rechtliche Bedeutung hat, ohne daß aber diese Mitteilung irgendwie Thatbestandsmoment der Vollmacht wäre; die rechtlichen Wirkungen der letzteren treten gerade so auch ohne diese Mitteilung ein.

§ 171: Hat Jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, daß er einen Anderen bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Falle dem Dritten gegenüber, im letzteren Falle jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt.

An zweiter Stelle erhebt sich die Frage nach dem Abgabeerfordernis des Erklärungswillens bei adressierten Erklärungen.

Regelsberger[1]) hatte darunter die „Absicht" verstanden, daß die Erklärung zur Kenntnis des Adressaten komme, eine Auffassung, die wohl als allgemein herrschend betrachtet werden darf[2]).

Indessen — abgesehen einmal von der psychologischen Frage, ob man diesen Wunsch des Erklärenden „Absicht" nennen dürfte — das Charakteristikum dieser Auffassung wäre, daß sie einen rein psychischen Vorgang zum Thatbestandsmoment setzte. Nun hat allerdings Zitelmann (a. a. O.) diesem Einwande gegenüber, den er sich selbst gemacht hat, bemerkt, die Schwierigkeiten seien hier nicht größer, als überall bei Feststellung psychischer Thatsachen. Zugegeben; allein wir sehen auch überall, daß das Gesetzbuch es möglichst vermieden hat, psychische Thatsachen zu Thatbestandsmomenten zu machen. Auch ist diese rein praktische Erwägung nicht das einzige Bedenken; sollte das BGB., das stets einen selbst nachweisbar abweichenden inneren Willen gegenüber seiner Aeußerung prinzipiell unberücksichtigt läßt, in diesem Falle von seinem Prinzipe abgehen? Wenn also jemand eine Erklärung einem anderen gegenüber abgiebt, mit der Dritten gegenüber ausgesprochenen Absicht, daß diese Erklärung nicht zur Kenntnis des Adressaten kommen solle — soll dann die Erklärung ungültig sein?

Nehmen wir einmal folgenden Fall: A hat einen Erbonkel, dessen Wünsche ihm daher Befehle sind. Der Onkel wünscht, daß

---

[1]) Civilrechtl. Erört. S. 5, so noch Pandekten I S. 552 1 a.

[2]) Ausdrücklich ebenso z. B. Zitelmann, Rechtsgesch. i. Entw. I S. 99, Cosack, Lehrb. I S. 169 a.

A eine bestimmte Stelle bei seinem Geschäftsfreunde annehme, die dieser ihm angeboten hat, und — da er mißtrauisch ist — daß A den Annahmebrief in seiner Gegenwart schreibe und absende. A hat nun gegenüber seinen Freunden erklärt, er werde um jeden Preis verhindern, daß der Brief jenem Geschäftsfreunde zukomme. Er begiebt sich auch, sobald er von seinem Onkel loskommen kann, aufs Postamt, wo er zu seinem Schrecken erfahren muß, der Brief sei bereits unterwegs nach dem Postzuge. Er eilt nach, fährt sogar mit nach dem Bestimmungsort usw. usw. Telegraphieren will er nicht, da er fürchtet, der Geschäftsfreund könnte das dem Onkel gelegentlich mitteilen. — Trotz aller Bemühungen gelingt es A jedoch nicht, den Brief zurückzuerhalten; der Brief kommt an.

Die Beurteilung ist m. E. zweifellos: die Annahmeerklärung ist gültig, obwohl hier die Absicht auf Kenntnisnahme in der denkbar stärksten Weise negiert ist.

Der Erklärungswille, den wir bereits lediglich als ein Bewußtsein oder Bewußtseinmüssen erkannt haben, hat also auch bei adressierten Willenserklärungen nicht den Charakter der Absicht.

Auch hier wird daher es genügen müssen, wenn der Erklärende, dessen Verhalten in sich die Möglichkeit trägt zur Kenntnis des Adressaten zu gelangen, sich dieser Möglichkeit bewußt ist. Und ebenso wird auch hier dem Bewußtsein das Bewußtseinmüssen gleichzustellen sein; wer daher z. B. eine Auslobung in einem noch so wenig gelesenen Blatte bekannt macht, etwa aus Scherz in dem Bewußtsein, daß davon niemand erfahren werde, der hat eine gültige Willenserklärung abgegeben.

II. Bei den nichtadressierten Willenserklärungen sind die vorstehend erörterten Erfordernisse nicht Bedingung. In objektiver Beziehung braucht also die Erklärung nicht die Möglichkeit ihrer Wahrnehmung zu enthalten; es kann z. B. diese Möglichkeit erst später unabhängig von der Erklärung als solcher gesetzt werden. Ja, sie kann sogar ganz fehlen; in diesem Falle allerdings käme es, obgleich die Erklärung vollgültig ist, praktisch dennoch auf dasselbe hinaus, als wenn sie überhaupt nicht existierte: non jus deficit, sed probatio[1]).

Während daher bei den adressierten Willenserklärungen, deren Bestandteil die Ausstellung einer Urkunde bildet, die Willenserklärung erst mit der Schaffung der Wahrnehmbarkeit, d. i. mit der Begebung der Urkunde existent ist, wird hingegen, da bei den nicht-

[1]) Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 251 ff.

adressierten Willenserklärungen die Möglichkeit der Wahrnehmung keinen Teil des Bestandes der Erklärung bildet, falls zu der Erklärung eine Urkunde gehört, die Willenserklärung schon mit der Ausstellung der Urkunde vollendet.

Wenn also eine derartige Urkunde, z. B. eine Schuldverschreibung auf den Inhaber, dem Aussteller gestohlen wird oder sonst abhanden kommt, so ist dies rechtlich ohne Bedeutung, da die Willenserklärung bereits vorhanden ist, § 794 BGB.[1]).

Für die subjektive Beziehung folgt hieraus: bei den nichtadressierten Willenserklärungen braucht der Erklärungswille nicht das Bewußtsein ihrer Wahrnehmbarkeit zu enthalten. Indessen ist praktisch der Unterschied gerade in diesem Punkte schwerlich von Bedeutung. Denn bezüglich einer Willenserklärung, die mit dem vollen Bewußtsein, daß sie von niemandem wahrgenommen werde, abgegeben wird, erscheint in sehr vielen Fällen das Bedenken, ob hier auch wirklich schon eine fertige Erklärung eines fertigen Willens vorliegt, als nicht unbegründet; anders ist es natürlich, wenn dies Bedenken schon in den Umständen selbst seine Widerlegung findet, insbesondere also bei äußerlich abgeschlossenen Urkunden.

Die adressierten Erklärungen zeigen nach alledem gegenüber den nichtadressierten einen erweiterten Thatbestand der Abgabe, wie eine Gegenüberstellung sichtbar machen möge.

Es erfordert nämlich nach dem oben Ausgeführten:

A. die adressierte Willenserklärung:	B. die nichtadressierte Willenserklärung:
I. objektiv ein Verhalten, welches a) erfahrungsgemäß regelmäßig auf einen bestimmten Willen schließen läßt; b) die Möglichkeit enthält, vom Adressaten wahrgenommen zu werden;	I. objektiv ein Verhalten, welches erfahrungsgemäß regelmäßig auf einen bestimmten Willen schließen läßt;
II. subjektiv, das Bewußtsein oder Bewußtseinmüssen a) der Schlüssigkeit des Verhaltens; b) der Möglichkeit, vom Adressaten wahrgenommen zu werden.	II. subjektiv das Bewußtsein oder Bewußtseinmüssen der Schlüssigkeit des Verhaltens.

[1]) Vgl. Endemann, Einführung I, S. 886 Note 17. Damit darf wohl seine Bemerkung S. 282 Note 1 als zurückgenommen gelten.

Faßt man die Person des Adressaten ins Auge, so ergeben sich hier verschiedene Möglichkeiten; dieselbe kann 1. bekannt oder unbekannt, 2. bestimmt oder unbestimmt, 3. ein Individuum oder eine Vielheit, 4. ein Privatmann oder eine Behörde sein. Natürlich lassen sich auch Kombinationen dieser Möglichkeiten denken.

Was zunächst die vierte dieser Möglichkeiten angeht, so stellt sie jedenfalls keine wesentliche Unterscheidung dar. Es ist nicht abzusehen, inwiefern eine Erklärung, deren Adressat eine Behörde ist, anders zu behandeln, an andere Voraussetzungen zu knüpfen oder unter andere Bedingungen zu stellen wäre, wie die Erklärung gegenüber einem Privaten. Das hat denn auch das BGB. anerkannt (§ 130 Abs. 3)[1]), wenngleich sowohl die Motive Bd. I, S. 158 wie die Protokolle 2. Les. Bd. I, S. 71 die Vorstellung als irrig ablehnten, „daß in den hier fraglichen Fällen die Behörde gleich einem beteiligten Erklärungsempfänger funktioniere."

Was die erste Möglichkeit anlangt, so gipfelt der Unterschied für die Abgabe der Willenserklärung in der Frage: wie soll der Erklärende es möglich machen, einem ihm unbekannten Adressaten seine Erklärung wahrnehmbar zu machen; eine Frage, die nicht zu beantworten ist. In der That, wenn der Erklärende nicht weiß, an wen er seine Erklärung zu richten hat, wenn er demgemäß auch den entsprechenden Erklärungswillen nicht haben kann, so wären an sich damit Erklärungen an unbekannte Adressaten unmöglich.

Und gleich stände der Fall, wenn der Adressat zwar bekannt, aber sein Aufenthaltsort unbekannt ist; denn auch hier ist die Unmöglichkeit, ihm die Erklärung wahrnehmbar zu machen, dieselbe.

Indessen fordert das Bedürfnis des Verkehrs unabwendbar diese Möglichkeit. Das Recht kommt daher hier zu Hilfe, indem es rechtlich möglich macht, was faktisch unmöglich ist.

Es sagt: Ich, das Recht, verlange für gewisse Fälle von Dir, daß Du Deine Erklärung adressiert abgiebst, um einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen; wenn Du nun den Adressaten nicht kennst, so ist es Dir natürlich unmöglich, diese Voraussetzung des Rechtserfolges zu beschaffen. Da ich indessen, falls Du der Gunst würdig bist, diesen Erfolg Dir dennoch gewähren möchte, so will ich Dir in diesem Fall ein anderes Verhalten gestatten; wenn Du dieses beobachtest, so will ich den Erfolg gerade so eintreten lassen, als wenn Du eine adressierte Erklärung abgegeben hättest.

[1]) Endemann I, S. 283.

Das Recht greift hier also zur Fiktion, die oft genug dem Rechte unentbehrlich ist, indem § 132 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß in den Fällen entschuldbarer Unkenntnis des Adressaten oder seines Aufenthaltsortes, die Abgabe einer adressierten Willenserklärung durch die „öffentliche Zustellung" nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung (§ 187 bezw. § 204) ersetzt werden kann[1]).

Eine ähnliche Schwierigkeit, wie bei dieser ersten Möglichkeit, erhebt sich auch bei der zweiten; auch wenn der Adressat unbestimmt ist, kann die Frage nach der Möglichkeit, ihm die Willenserklärung wahrnehmbar zu machen, und damit die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer Erklärung ad incertam personam aufgeworfen werden.

Die Anschauung des Verkehrs — beeinflußt durch sein entschiedenes Bedürfnis — hat die Frage bejaht[2]); er betrachtet die Möglichkeit als gegeben, sofern die Erklärung in der Oeffentlichkeit abgegeben worden ist. So statuiert denn auch das BGB. z. B. die Auslobungserklärung als gültig, wenn sie öffentlich bekannt gemacht ist (§ 657).

Praktisch der zweiten gleich behandelt wird die dritte Möglichkeit; eine Willenserklärung, die eine Vielheit von Personen zum Adressaten hat, wird als dem Adressaten wahrnehmbar betrachtet, wenn sie öffentlich abgegeben wird (BGB. §§ 171, 663).

Die Untersuchung hatte ergeben, daß die Abgabe einer adressierten Willenserklärung im Verhältnis zur nichtadressierten einen erweiterten Thatbestand hat. Dieser Unterschied läßt die Frage berechtigt erscheinen: ist jedes Verhalten fähig, alle diese Thatbestandsmomente zu erfüllen? Ist jede Erklärungsform fähig, als Substanz einer adressierten Willenserklärung zu dienen?

Die Frage ist bereits — in engerer Formulierung allerdings — älteren Datums.

Bereits Regelsberger[3]) hatte für die Vertragserklärungen, Offerte und Akzeptation, Erwägungen darüber angestellt, ob „still-

[1]) Vgl. Zitelmann, Rechtsgesch. I, S. 111.

[2]) Vgl. Regelsberger, Pand. I 548, Endemann, Einführung I S. 275 Note 2. Des Letzteren Bemerkung, derartige Erklärungen kämen „nur in Betracht für den Vertragsschluß" ist umso befremdlicher, als er gerade auf die Auslobung verweist, die auch er als einseitiges Versprechen auffaßt (S. 797). Vgl. allerdings auch seine Bemerkung S. 282 Note 1.

[3]) Civilrechtl. Erörterungen S. 9—11.

schweigende" Erklärungen überhaupt in der Richtung auf jemanden abgegeben werden könnten. Er hatte die Frage allgemein bejaht.

Indessen blieben auch Zweifel nicht aus. Schloßmann[1]) legte dar, daß bei „stillschweigenden" Erklärungen, und insbesondere solchen durch Schweigen, von einer bestimmten Richtung nicht gesprochen werden könne, außer der „stillschweigend Erklärende" erklärte das, worüber zu schweigen wäre, der ganzen Welt gegenüber und nur seinem Vertragsgegner gegenüber nicht.

Nun ist zwar die Richtigkeit der Schloßmannschen Ausführungen bestritten[2]), aber nicht widerlegt worden, und vom Standpunkte der Auffassung der Willenserklärung als Handlung dürfte dies wohl auch unmöglich sein. Sieht man die Willenserklärung lediglich in einer Negative, dem Schweigen, so ist, ebensowenig wie aus einer derartigen Unterlassung an sich überhaupt ein Schluß zu ziehen ist, sowenig dieser Schluß auch von einem bestimmten Anderen, dem Adressaten, zu ziehen.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus ergiebt sich dagegen die Antwort ohne Schwierigkeit. Da ein wesentlicher Unterschied in den einzelnen Arten des Verhaltens nicht besteht, jedes Verhalten, das überhaupt Willenserklärung wäre, vielmehr in gleicher Weise wahrnehmbar ist, so kann eben auch jedes Verhalten einem Anderen wahrnehmbar gemacht, ihm gegenüber vorgenommen werden.

Es giebt also keine Form der Willenserklärung, die nicht fähig wäre, auch als adressierte Erklärung abgegeben zu werden.

Indessen ist damit das Problem noch nicht erschöpft. Wir hatten gewisse Formen des Verhaltens kennen gelernt, die zwar keine Willenserklärungen sind, weil sie keinen regelmäßigen Schluß auf einen Willen zulassen, denen aber das Recht mitunter die Wirkungen von solchen gewährt, weil ein Schluß auf den Willen scheinbar gemacht und insoweit diese Wirkung dem Urheber zurechenbar ist. Es fragt sich daher: sind diese „unechten" Willenserklärungen fähig, beide Arten der „echten" Willenserklärungen, adressierte und nichtadressierte, unter Umständen zu ersetzen?

Daß sie diese Fähigkeit hinsichtlich nichtadressierter haben, ist bereits dargelegt worden; analysiert man daher an der Hand des

[1]) Vertrag S. 62 ff.
[2]) Zitelmann, Rechtsgeschäfte I S. 99.

Thatbestandes der Abgabe einer nicht adressierten Erklärung den einer „unechten" Erklärung, so ergiebt sich folgende Parallele:

A. nichtadressierte Willenserklärung:	B. „unechte" Willenserklärung:
I. objektiv ein Verhalten, welches regelmäßig auf einen bestimmten Willen schließen läßt.	I. objektiv ein Verhalten, welches auf einen bestimmten Willen als disjunktiv möglich schließen läßt.
II. subjektiv das Bewußtsein oder Bewußtseinmüssen von der Regelmäßigkeit des Schlusses.	II. subjektiv das Bewußtsein oder Bewußtseinmüssen von der Möglichkeit dieses Schlusses.

Rein theoretisch betrachtet wäre es nun durchaus denkbar, daß das Recht auch für die adressierten Willenserklärungen einen Ersatz durch unechte zuließe, also auch unechte Willenserklärungen als adressierungsfähig betrachtete.

Indessen das Verkehrsbedürfnis spricht entschieden gegen eine derartige Zulassung. Die rechtliche Sicherheit des Schlusses ist nicht etwa eine für den Verkehr erwünschte Eigenschaft des gegenüber jemandem beobachteten Verhaltens, sondern eine unabweisbar erforderliche. Der Erklärende darf und soll sich darauf verlassen, daß der Adressat seines Verhaltens den aus diesem resultierenden Schluß ziehen muß, nicht blos, daß er ihn ziehen kann. Eine bloße Möglichkeit des Schlusses würde in den Fällen der adressierten Erklärungen denjenigen, der ein Verhalten einem Anderen gegenüber beobachtet, der Spekulation dieses Andern preisgeben, er würde ihm die Einwirkung auf dessen Rechtssphäre, welche gerade den adressierten Willenserklärungen eigentümlich ist[1]) und diese zum Hauptwerkzeug des Verkehrs stempelt, unmöglich machen.

Wir erhalten also den Satz: eine „unechte" Willenserklärung kann nicht adressiert werden, oder anders ausgedrückt: eine adressierte Willenserklärung kann nicht durch eine „unechte" ersetzt werden.

Daraus folgt für die Behandlung der Rechtsgeschäfte im BGB.: eine „unechte" Erklärung ist nicht tauglich, Thatbestandselement der Rechtsgeschäfte mit empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu sein.

Indessen auch so bleibt die „unechte" Willenserklärung noch bedeutsam genug; gerade für die von Cosack sog. „stille" Vertrags-

[1]) Endemann, Einführung I S. 275.

annahme des § 151 BGB. ist es überaus wichtig, daß sie, als keiner adressierten Erklärung bedürftig[1]), auch durch eine unechte Willenserklärung erfolgen kann[2]).

Mit der Abgabe ist die Willenserklärung, auch die adressierte, als solche vollendet[3]); sie ist rechtlich existent und bleibt dies daher auch, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 130 Abs. 2).

Eine andere Frage ist die, ob mit dieser Vollendung die an die Willenserklärung geknüpfte rechtliche Wirkung schon eintritt, mit anderen Worten, ob der rechtsgeschäftliche Thatbestand sich bereits mit der Abgabe der Erklärung erfüllt. Damit ist zugleich die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs aufgeworfen.

Mit dem einheitlichen Namen des Widerrufs bezeichnet man zwei inhaltlich verschiedene Thatsachen von ganz verschiedenem rechtlichen Werte — eine Terminologie, die, wie alle ihrer Art, nicht empfehlenswert ist.

Einmal nämlich ist der Widerruf ein Rechtsgeschäft, gerichtet auf Aufhebung der rechtlichen Wirkung eines zu Recht bestehenden Rechtsgeschäftes; sein Thatbestand erfordert im Allgemeinen denen des aufzuhebenden entsprechende Momente. Die Möglichkeit einer derartigen Befugnis versteht sich nicht von selbst; vielmehr bedarf es hierzu einer von der Rechtsordnung besonders erteilten Genehmigung. Das BGB. hat diese in zahlreichen Fällen gegeben: in § 168 für die Vollmacht, in § 671 für den Auftrag, in § 658 für die Auslobung, in § 610 für das pactum de mutuo dando, in §§ 530, 1584 für die Schenkung, in §§ 2253, 2270 für letztwillige Verfügungen.

Der Widerruf in diesem Sinne hat natürlich mit unserer Frage nichts zu thun; im Gegenteil erfordert er ja gerade einen rechtlich bereits wirksamen, also abgeschlossenen Thatbestand.

Unter Widerruf versteht man aber auch eine Willenserklärung, welche darauf gerichtet ist, die Wirksamkeit eines Thatbestandes zu

[1]) Wenigstens ist dies allgemeine Ansicht; anders nur Enneccerus, Bürg. Recht I S. 132.

[2]) Endemanns Bemerkung (a. a. O. S. 288 Note 9), daß „es sich bei dieser komplizierten Ordnung lediglich darum handelt, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses in ein früheres Stadium zu verlegen“, wird also der Bedeutung des § 151 nicht gerecht.

[3]) Zitelmann, Rechtsgesch. I S. 26 Nr. 5. Planck, Kommentar I S. 181 Nr. 5.

verhindern, in welchem sich eine ihr entgegengesetzte Willenserklärung als Element befindet. Auch hier muß die widerrufende Willenserklärung den Erfordernissen der zu widerrufenden entsprechen. Ein derartiger Widerruf kann natürlich nur so lange möglich sein, als eben die Wirksamkeit der anderen Willenserklärung noch überhaupt verhindert werden kann, solange also der Thatbestand dieser Wirksamkeit noch unvollendet ist. In diesen Fällen ist aber der Widerruf auch überall unbedingt statthaft. Hierher gehören die Fälle, in denen zum Thatbestande eines Rechtsgeschäftes eine Genehmigung gehört, diese aber noch nicht erteilt ist (§§ 81 Abs. 2, 109, 114, 178, 1397, 1525, 1550), ferner der Fall der unvollendeten Anweisung in § 790, der Fall der Einwilligung, solange das Rechtsgeschäft noch nicht vorgenommen ist (§ 183).

Die oben aufgeworfene Frage nach der Zulässigkeit dieses Widerrufs bei Willenserklärungen nach ihrer Abgabe kann also aus dem Umstande der Abgabe allein nicht beantwortet werden.

Der Widerruf hat ja mit der Willenserklärung als solcher nichts zu schaffen. Eine Willenserklärung als solche kann überhaupt nicht widerrufen werden, so wenig irgend ein sonstiges Geschehen ungeschehen gemacht werden kann. Daher kann auch die Möglichkeit eines Widerrufs aus dem Unterschiede der adressierten und nichtadressierten Erklärungen heraus nicht deduziert werden. In Betracht kommt, wie eben ausgeführt, der Widerruf nur für rechtsgeschäftliche Thatbestände und zwar für unvollendete.

Die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs in Hinsicht auf die Abgabe der Willenserklärung ist also dahin zu beantworten, daß es darauf ankommt, ob der rechtsgeschäftliche Thatbestand mit der Abgabe der Willenserklärung schon erfüllt ist oder nicht. Von den beiden großen Gruppen von rechtsgeschäftlichen Thatbeständen, die das BGB. kennt — den Rechtsgeschäften mit empfangsbedürftigen Willenserklärungen und den Rechtsgeschäften mit nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen — ist daher bei den letzteren sofort nach der Abgabe der Erklärung ein Widerruf nicht mehr möglich. Bei den ersteren dagegen wird die Möglichkeit eines Widerrufs mit der Abgabe der Erklärung noch nicht ausgeschlossen; erst muß auch das Thatbestandselement des Zugehens der Erklärung erfüllt sein (§ 130 Abs. 1 Satz 2).

Bevor jedoch dieses Thatbestandsmoment einer näheren Prüfung unterzogen wird, soll zunächst noch ein anderer zwar nicht

normaler, aber durchaus nicht seltener Thatbestandsteil, der, wenn er zu dem Moment der Abgabe hinzukommt, dieses rechtlich verändert, zur Erörterung gestellt werden.

b) Die Verwahrung.

Wer ein Verhalten beobachtet, aus welchem regelmäßig ein bestimmter Wille erschlossen werden kann, der erklärt diesen Willen; wünscht er das nicht, so muß er jenen Schluß verhindern, d. h. er muß wahrnehmbar machen, daß in dem konkreten Falle dem Verhalten nicht der regelmäßige Wille zu Grunde liegt. Diese Kundgebung nennt man Protestation oder Verwahrung; soll sie dem Schluß auf die Bejahung eines gegnerischen Rechts oder auf die Verneinung eines eigenen Rechtes entgegentreten, so nennt man sie Reservation oder Vorbehalt: man behält sich den Widerspruch gegen das gegnerische Recht oder man behält sich seine Rechte vor[1]).

Diese Rechtshandlung ist bisher in der Doktrin verhältnismäßig unbeachtet geblieben: das untrüglichste Kennzeichen dafür ist der Umstand, daß man für sie noch keinen eigenen Terminus geschaffen hat, sondern sich betreffs ihrer der Sprache des gewöhnlichen Verkehrs bedient; der Verkehr aber sieht bei dem hier erörterten Rechtsakt nur den Erfolg: ein Behauptungsrecht, ein Widerspruchsrecht ist bei dem Handelnden zurückgeblieben. Daher bezeichnet er alle anderen Rechtsthatsachen mit äußerlich gleichem rechtlichen Erfolge auch mit dem gleichen Wort und spricht von Vorbehalt, wo in der That nichts „vorbehalten“ worden ist.

Bekker[2]) hat diese Sprache des Lebens für den Ausdruck eines juristischen Gedankens gehalten und eine gemeinsame juristische Struktur in allen vom Leben „Vorbehalt“ genannten Akten zu finden gesucht; indessen kann, wie aus der folgenden Darlegung erhellen wird, dieser Versuch, der jene Einheit in dem Wesen dieser Akte als „Erhaltungsakte“, als „Rechtsgeschäfte lediglich zur Erhaltung eines gegenwärtigen Rechtsbestandes“, fand, kaum als gewinnreich erachtet werden.

[1]) Windscheid, Pand. I S. 179. Regelsberger, Pand. I S. 504. Endemann, Einführung I S. 266. — Bemerkt sei übrigens, daß das BGB. auch eine Verwahrung anderer Art „Vorbehalt“ nennt (§ 116). Endemann bezeichnet daher so eine jede Verwahrung.

[2]) System II S. 272 § 111.

Auch das BGB. hat sich einfach dem Sprachgebrauch des Lebens angeschlossen; daher seine Terminologie auch in diesem, wie in anderen Fällen, wo sie verschiedene juristische Dinge mit demselben Namen belegt, geeignet ist, über innerliche Verschiedenheiten der einzelnen rechtlichen Thatsachen hinweg zu täuschen[1]). Das BGB. nennt „Vorbehalt“ zunächst den eingangs dieses Abschnittes begrifflich bestimmten Rechtsakt:

§ 341 Abs. 3: Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

§ 464: Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte bei der Annahme vorbehält.

Ebenso § 640.

§ 1001: Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt.

Hier handelt es sich überall um Vereitelung des aus einem Verhalten zu ziehenden Schlusses auf einen Willen dadurch, daß der Handelnde gegen das Vorliegen dieses Willens Verwahrung einlegt; um einen Fall des oben begrifflich bestimmten „Vorbehalts“ also. Für Verwahrung im allgemeinen Sinne wird der Ausdruck „Vorbehalt“ gebraucht in § 116, der einen geheimen Vorbehalt für unwirksam erklärt.

Indessen spricht das BGB. auch von „Vorbehalt“, wo keine Verwahrung gegen eine Auslegung, sondern ein pactum adjectum bei einem Vertrage mit dem oben besprochenen Erfolge vorliegt.

So bezeichnet es beispielsweise die Abrede des Reurechts als „Vorbehalt des Rücktritts“ (§§ 346, 357, 358, 360, 1238, 2293, 2298), die Abrede des Wiederkaufsrechts als Vorbehalt desselben (§ 497), die Abrede, daß das Eigentum erst mit Zahlung des Kaufpreises an den Verkäufer übergehen solle, als „Vorbehalt des Eigentums“ (§ 455), ebenso wird die Abrede bei der Bestellung eines dinglichen Rechtes, daß der Eigentümer des praedium

[1]) Endemann, a. a. O. Note 4.

serviens ein bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem eintragen lassen dürfe, als „Vorbehalt“ bezeichnet. Vgl. auch §§ 328, 332.

In anderer Bedeutung sprechen §§ 1190 und 1271 von einem „Vorbehalt“, indem sie bei einem sukzessiv verwirklichten Thatbestand den noch ausstehenden Teil „vorbehalten“ nennen.

Wieder einen anderen Sinn hat der „Vorbehalt“ des § 2086, indem hier eine als beabsichtigt bezeichnete reine Willkürhandlung als „vorbehalten“ bezeichnet wird [1]).

Damit sind wir denn glücklich da angelangt, daß jeder juristische Gehalt aus dem Terminus verschwunden ist; mit dem gleichen Rechte kann man jede andere geäußerte unverbindliche Absicht als „Vorbehalt“ bezeichnen [2]).

Während so das BGB. einerseits unter denselben Begriff die rechtlich wesensverschiedensten Dinge subsumiert, gebraucht es andererseits den Ausdruck nicht immer da, wo eine Verwahrung wirklich vorliegt.

So z. B. in § 625: Wird das Dienstverhältnis nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teiles fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht.

Hier haben wir eine echte Verwahrung gegen den aus einem gewissen Verhalten zu ziehenden Schlusse.

Ebenso auch in § 568: Wird nach dem Ablaufe der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt, so gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermieter oder der Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Teile gegenüber erklärt.

Die analoge Bestimmung trifft § 581 Abs. 2 für die Pacht.

Was nun die Erfordernisse der Verwahrung betrifft, so bestimmen sich diese nach dem Verhalten, dessen Schlüssigkeit sie beeinflussen soll: daß sie überhaupt geäußert sein muß, sagt § 116 BGB.; bei adressierten Willenserklärungen muß auch sie adressiert

[1]) Ueberhaupt nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist der Vorbehalt des § 1790.

[2]) Das Leben thut dies allerdings, aber gerade dies beweist, daß nicht jeder seiner Ausdrücke ohne nähere Prüfung vom Rechte übernommen werden kann. —

sein, bei nichtadressierten nicht. Handelt es sich um Rechtsgeschäfte mit empfangsbedürftigen Willenserklärungen, so muß auch die Verwahrung dem Empfänger zugehen, sonst ist sie ohne Wirkung [1]).

Wer also z. B. einen Gehülfen in seinem Verkaufslokal anstellt, der erklärt damit seinen Willen, ihn zu allen dort vorzunehmenden Geschäften zu bevollmächtigen. Beabsichtigt er das nicht, so muß er den Schluß auf diesen Willen für alle Kunden erkennbar ausschließen. Er muß also etwa durch Anschlag seinem Verhalten diese Bedeutung entziehen. Eine selbst ohne sein Wissen und Wollen erfolgte Entfernung oder Unleserlichkeit des Anschlags läßt sofort die ihm unerwünschte Schlüssigkeit seines Verhaltens wieder aufleben. Diese in fr. 11 §§ 2—4 D. de inst. act. (14,3) ausgesprochenen Grundsätze folgen so sehr aus den Erfordernissen der den Verkehr regelnden bona fides, daß sie in allen Rechten die gleichen sein müssen.

Wie schon der Zweck der Verwahrung verlangt, muß sie gleichzeitig mit der Abgabe der Erklärung erfolgen; §§ 341, 464, 640 bestimmen denn auch, daß sie „bei der Annahme“, also in Verbindung mit dem schlüssigen Verhalten erklärt werden soll. Ebenso verlangt § 625 ihre „unverzügliche“ Kundgabe.

Bei einem Verhalten, das erst durch eine gewisse Dauer die Bedeutung eines schlüssigen gewinnt, ist an sich ein derartiger fester Zeitpunkt nicht gegeben. Man wird hier nach billigem Ermessen urteilen müssen, wann eine Verwahrung noch als rechtzeitig erfolgt betrachtet werden kann. §§ 568, 581 BGB. normieren für die dort vorgesehenen Fälle eine Frist von 2 Wochen.

Nicht immer richtig beurteilt worden ist das Wesen der rechtlichen Wirkung einer Verwahrung. Zu einem rechtsgeschäftlichen Thatbestande hinzutretend, verändert sie dessen Wirkung in um so erheblicherem Maße, je wesentlicher die von ihr verhinderte Schlüssigkeit des Verhaltens für den rechtsgeschäftlichen Erfolg war. Demgemäß wird da, wo die Willenserklärung, gegen welche sich die Verwahrung wendet, das überragende Stück des Thatbestandes war,

[1]) Vgl. Entsch. d. Reichsger. v. 7. Dez. 95 (Bolze, Praxis XXI 269). Der Kläger hatte bei Abschluß eines Vergleichs seinem Anwalt erklärt, er würde den Vergleich so nicht abschließen, wenn er damit einen gewissen Anspruch aufgebe. Der Anwalt beruhigte ihn darüber. Das RG. entschied, daß er sich auf den seinem Anwalt gegenüber kundgegebenen Vorbehalt nicht berufen könne, weil er ihn dem Gegner gegenüber nicht erklärt habe. Ebenso Entsch. v. 3. März 1896 (Bolze, Prax. XXII 233).

eine Verkennung des Wesens und der Funktion der Verwahrung kaum vorkommen.

Anders ist es bei den Rechtsgeschäften, in deren Thatbestand die betreffende Willenserklärung eine verhältnismäßig geringere Bedeutung hat. Hier ist Wesen und Wirksamkeit der Verwahrung weit mehr der Gefahr ausgesetzt, unrichtig beurteilt zu werden.

Das schlagendste Beispiel in dieser Beziehung sind die Zahlung, sowie die Aufrechnung unter Vorbehalt, deren juristische Natur heute noch Gegenstand des Zweifels bildet, und welche beiden durch Stölzels[1]) Bearbeitung dieser Lehre in den Vordergrund des Interesses gerückt worden sind.

Während Stölzel Zahlung wie Aufrechnung unter Vorbehalt als eine allerdings eigenartige bedingte Zahlung resp. Aufrechnung auffaßt[2]), hat Eccius[3]) demgegenüber die Auffassung vertreten, die Aufrechnung unter Vorbehalt sei eine Willenserklärung, „die nach ihrem Inhalt jede mögliche Wirkung auf alle Fälle zu erzeugen bestimmt ist, bei der nur der wirtschaftliche Umfang der in vollem Umfange gewollten Wirkung beiden Teilen oder dem Erklärenden unbekannt ist", während Förtsch[4]) für den Vorbehalt das Wesen einer wirklichen Bedingung in Anspruch genommen hat.

Bei einer Prüfung der Frage wird man von dem m. E. zutreffenden Standpunkte Stölzels ausgehen müssen, wonach dieselbe für Zahlung, wie Aufrechnung parallel zu behandeln ist[5]), und danach das Problem zunächst an dem einfacheren Rechtsgeschäft der Zahlung zu studieren haben.

---

[1]) Schulung für die civil. Praxis, 2. Teil. Zur Lehre von der Eventualaufrechnung, Berlin 1897. Dagegen Eccius in Gruchots Beiträgen Jhrg. 42 S. 15 ff. Hiergegen wieder Stölzel in der Ztschr. f. Civilproz. Bd. 24 S. 50 ff. Dagegen Eccius in Gruchots Beiträgen Jhrg. 42 S. 233 ff. Vgl. auch Geib zu Stölzels Buch in Ztschr. f. Civilpr. 24. Bd. S. 462 ff. Ferner Förtsch, die event. Aufrechnung unter dem Rechte des BGB. bei Gruchot, Jhrg. 42 S. 225 ff. — Nach Abschluß dieser Arbeit erschien die 2. Auflage des Stölzelschen Werkes (ich zitiere daher beide Auflagen nebeneinander) und Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, Berlin 1899.

[2]) Schulung S. 106, 139 (2. A. S. 164, 201). Vgl. die Zusammenstellung bei Liebknecht, S. 2.

[3]) A. a. O. S. 34.

[4]) A. a. O. S. 231.

[5]) A. A. Eccius, S. 35.

Der Thatbestand der Zahlung besteht aus zwei Momenten: I. einem realen, der traditio (der Idee nach nicht blos Besitz-, sondern Eigentumsübertragung), und II. einer Willenserklärung.

Die Willenserklärung hat folgenden Inhalt: „Die von mir tradierten Geldstücke sollen Erfüllung Deiner Forderung an mich sein"; auch dies enthält zwei Momente: a) die Anerkennung, daß eine Forderung an mich besteht[1]) und b) den Willen, diese Forderung durch die traditio zu tilgen.

Von einer bedingten Zahlung nun kann man sprechen, wenn die Wirksamkeit eines dieser Momente an den Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses geknüpft wird.

Danach erhalten wir folgende Möglichkeiten:

I. Die traditio ist suspensiv oder resolutiv bedingt. (Natürlich nicht die Inhabung, sondern der Eigentumsübergang)[2]).

II. Die Willenserklärung ist unbedingt.

Eine Zahlung liegt hier zweifellos nicht vor; es kann allenfalls eine Sicherung des Gläubigers bedeuten[3]), zur Zahlung wird der Vorgang erst, wenn der Eigentumsübergang unbedingt geworden ist. Zweifellos auch, daß der Gläubiger die so angebotene Leistung zurückweisen kann.

Die Bedingung kann aber auch jedes der beiden Momente der Willenserklärung betreffen. Alsdann ergiebt sich:

I. Die traditio ist unbedingt.

II. a) Die Schuldanerkennung ist suspensiv bedingt: „Ich erkläre, daß ich Dir schuldig sein werde, wenn Du mir die Ware abgeliefert haben wirst."

b) Die Tilgungserklärung ist unbedingt.

Hier liegt eine nach rückwärts gültige Zahlung vor, wenn die Bedingung eintritt; im anderen Falle ist das Geld sine causa in der Hand des Empfängers. Der Zahlende hat die condictio causa data causa non secuta[4]).

Oder auch:

I. Die traditio ist unbedingt.

---

[1]) Bähr, Anerkennung 2. A. S. 79 ff., Stölzel, S. 97 ff. (2. A. S. 154), Eccius, S. 35.

[2]) Vgl. gegen Stölzels Bemerkung S. 106 (2. A. S. 165) Eccius, S. 31.

[3]) Stölzel, S. 108 (2. A. S. 167).

[4]) Vgl. aber Dernburg, Pand. I § 109 zu Note 4.

II. a) Die Schuldanerkennung ist resolutiv bedingt, z. B. beim pactum displicentiae.
b) Die Tilgungserklärung ist unbedingt.

Auch hier liegt eine gültige Zahlung vor; tritt die Bedingung aber ein, so hat der Zahlende die condictio causa data causa finita.

Endlich kann das zweite Moment der Willenserklärung an eine Bedingung geknüpft sein, alsdann ist:
I. die traditio unbedingt,
II. a) das Schuldanerkenntnis unbedingt,
b) die Schuldtilgungserklärung suspensiv oder resolutiv bedingt.

Stölzel[1]) bringt für das letztere das Beispiel, daß jemand seinem Gläubiger das Geld hingiebt mit der Erklärung: „Du sollst hiermit bezahlt sein, aber nur unter der Voraussetzung, daß mich in den nächsten acht Tagen meine Wechselgläubiger nicht drängen." Er nennt dies eine Zahlung mit „Vorbehalt der Rückforderung"; indessen handelt es sich hier nicht um einen „Vorbehalt" im Sinne einer Verwahrung, sowenig wie in dem von ihm S. 106 (2. A. S. 165) — übrigens auch z. B. von Reisser, Zahlung unter Vorbehalt, in Gruchots Beiträgen, Bd. 34 S. 277 — zitierten fr. 14 pr. D. de sol. (46, 3), also um keinen Fall einer Zahlung mit Vorbehalt in dem hier zur Erörterung gestellten Sinne. Es mag darum hier wieder darauf hingewiesen sein, wie sehr die eingangs dieses Abschnittes erwähnten verschiedenen Bedeutungen des Begriffes „Vorbehalt" geschieden werden müssen. Eine gültige Zahlung liegt in diesen letzterwähnten Fällen erst vor, wenn das Geschäft unbedingt geworden ist. Unzweifelhaft kann daher vorher der Gläubiger eine derartige Leistung zurückweisen.

Man könnte fragen, ob nicht die Erklärung als solche bedingt sein kann? Das aber ist unmöglich; man kann eine Erklärung nicht zugleich abgeben und nicht abgeben oder bedingt abgeben; ebensowenig, wie bei dem ersten Thatbestandselement die Innhabung bedingt sein kann, oder wie man „bedingt spazieren gehen" kann[2]).

Ganz analog den hier erörterten sind die Fälle bedingter Aufrechnung.

---

[1]) S. 108 (2. A. S. 167); vgl. auch die Beispiele S. 107 (2. A. S. 166).
[2]) Stölzel, S. 106 (2. A. S. 165), Eccius, S. 31.

Stölzel[1]) hat die Aufrechnung als „ideelle Zahlung" bezeichnet; und in der That zeigt sich der näheren Untersuchung ein vollständig paralleler Aufbau beider Geschäfte.

Als erstes Element des Thatbestandes der Zahlung fand sich die Tradition, die Hingabe von Geldstücken zu Eigentum des Empfängers. Bei der Aufrechnung entspricht ihr die Hingabe einer Forderung durch den Leistenden.

Die Hingabe einer Forderung ist, ebenfalls analog der Tradition, ein abstraktes Rechtsgeschäft, also unabhängig von ihrer causa; sie kann erfolgen donandi causa, condicionis implendae causa, credendi causa oder dotis constituendae causa, endlich auch solvendi causa.

Die Hingabe ist nun aber wesentlich verschieden, je nach der Person dessen, an den sie geschieht. Erfolgt sie an einen Dritten, so heißt sie Zession, Uebertragung der Forderung, Abtretung. Erfolgt sie an den Schuldner selbst, so heißt sie Erlaß[2]).

Beide sind, ebenso wie die Tradition, zweiseitige Rechtsgeschäfte, Verträge (§§ 397, 398 BGB.).

Der Erlaß donandi causa heißt Verzicht, der Erlaß solvendi causa heißt bei gleichartigen Forderungen Aufrechnung[3]). Hier aber ist aus praktischen Gründen eine Ausnahme von dem Grundsatze der Zweiseitigkeit für gewisse Fälle gemacht; wenn nämlich der aus einer Schuld Berechtigte die ihm gebührende Leistung fordern, zugleich aber die von ihm geschuldete Leistung bewirken kann, dann soll er bei Gleichartigkeit der Leistungen der Willenserklärung des andern Teiles nicht bedürfen, sondern durch einseitige Erklärung die Aufrechnung vollziehen können (§§ 387, 388).

Auf Grund der hier erörterten Analogie soll die Verfügung des Aufrechnenden über seine Forderung in der folgenden Darstellung als „ideelle Tradition" bezeichnet werden.

Das zweite Element des Thatbestandes der Aufrechnung ist, entsprechend dem der Zahlung, eine Willensäußerung des Inhalts:

---

[1]) S. 109 (2. A. S. 169).
[2]) So jetzt auch Stölzel in der zweiten Auflage S. 204.
[3]) Vgl. Stölzel, S. 3, Zsch. f. Civilpr. 24 S. 109. — Kohler, Aufrechnung nach dem BGB. in der Zsch. f. Civilpr. Bd. 24 S. 2 ff. konstruiert die Aufrechnung als Anweisung des Schuldners, an sich selbst zu zahlen. Mir scheint, wenn man — wie auch Kohler — die Analogie zur Zahlung festhält, die im Text versuchte richtiger. Auch ist aus ihr die auch von Kohler S. 20 vertretene Konsumtion der aufgerechneten Forderung leichter zu begründen. Vgl. auch Liebknecht, S. 106 Note 5.

„Für die 100, die ich Dir schulde, sollst Du die mir geschuldeten 100, die ich Dir hiermit erlasse, als Zahlung betrachten; Deine Forderung soll durch diesen Erlaß getilgt sein“ [1]).

Auch diese Willenserklärung enthält also zwei Momente: a) die Anerkennungserklärung der gegnerischen Schuld [2]), b) die Erklärung, daß diese Schuld durch die ideelle traditio getilgt sein solle — ganz analog wie bei der Zahlung.

Bezüglich der möglichen Fälle bedingter Aufrechnung können wir uns kurz fassen.

I. Die ideelle traditio ist suspensiv oder resolutiv bedingt,
II. die Willenserklärung unbedingt,
oder
I. die ideelle traditio ist unbedingt,
II. a) die Schuldanerkennung ist suspensiv oder resolutiv bedingt,
b) die Tilgungserklärung ist unbedingt,
oder
I. die ideelle traditio ist unbedingt,
II. a) die Schuldanerkennung ist unbedingt,
b) die Tilgungserklärung ist suspensiv oder resolutiv bedingt.

In allen diesen Fällen ist die Aufrechnung gemäß BGB. § 388 unwirksam; wohlverstanden, die Aufrechnung mittels einseitiger Erklärung. Wollen die Parteien die Aufrechnung übereinstimmend, so steht der Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts natürlich nichts im Wege.

Die uns interessierende Frage ist nun: wie gestaltet sich die Sachlage, wenn zu dem Thatbestande ein Vorbehalt hinzutritt? Auch hier sei zuerst der Fall der Zahlung erörtert.

Wenn der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber die Tradition eines der Schuld entsprechenden Geldbetrages vornimmt, so beruht dies Verhalten nach der Erfahrung des Verkehrs regelmäßig auf dem oben erörterten Willen; es gilt daher dem Verkehr und dem Rechte als Erklärung dieses Willens. Hegt der Schuldner den Willen in der That nicht, so kann er den Schluß auf ihn nur

[1]) Vgl. Stölzel, S. 3.

[2]) Bähr, Anerkennung S. 175 ff., Stölzel, S. 135 (2. A. S. 196 ff.). Dagegen, aber wohl zweifellos mit Unrecht, Eccius, S. 35. Vgl. Stölzel, Ztsch. f. Civilpr. Bd. 24 S. 101, Schulung 2. A. S. 196 Note 1 und Liebknecht, S. 128 ff.

durch das Mittel der Verwahrung, des Vorbehalts ausschließen. Ein Vorbehalt ist nun gegen jedes der beiden Momente der Willenserklärung denkbar. Es ist denkbar, daß ich sage: „Hier die 100 sollen nicht Bezahlung meiner Schuld sein, sondern Schenkung“; dann richtet sich der Vorbehalt gegen das Moment des Schuldtilgungswillens, während der Schuldanerkennungswille unberührt bleibt.

Diese Fälle bleiben beiseite; sie werden in der Praxis kaum zu Zweifeln Anlaß geben.

Wichtig dagegen sind die Fälle der Verwahrung gegen das Moment des Anerkennungswillens. Hier haben wir alsdann die traditio mit folgender Willenserklärung: „Ich bin Dir zwar nichts schuldig, aber ich will Dir geben, was Du forderst.“ Das Motiv dieses Willens kann verschieden sein: entweder es ist Gewissensbedenklichkeit (der Erklärende ist nicht gewiß, daß er nichts schuldet) oder es ist die Abneigung vor der Klage oder ein gesetzlicher Zwang (die Fälle vorläufiger Vollstreckbarkeit eines Schuldtitels; hierher gehören auch die Fälle der Zahlung von Stempelsteuern, nur daß hier der Zahlende, der, um die zwangsweise Beitreibung zu vermeiden, zahlt, den Vorbehalt erklären **muß**, um überhaupt sich die condictio sine causa zu erhalten).

Ist die Zahlung traditio mit Anerkennungswillen, so folgt schon a priori, daß eine traditio ohne Anerkennungswillen eben keine wahre Zahlung ist [1]).

Eine andere Frage ist, ob der Gläubiger nicht trotzdem unter Umständen rechtlich verpflichtet ist, eine derartige traditio anzunehmen, obwohl sie nicht Zahlung ist und sein soll. Die Frage wird im allgemeinen zu verneinen sein nach dem Grundsatz, daß alles, was sich nicht als vollständige Leistung darstellt, für den Gläubiger ein aliud ist, und aliud pro alio invito creditori solvi non potest (fr. 2 § 1 D. de reb. cred. 12, 1). Eine Ausnahme ist nur zu machen für die Fälle, wo dem Gläubiger das erwähnte gesetzliche Zwangsrecht zur Seite steht; diesem Rechte muß eine Pflicht korrelat sein. Kann er seine Forderung eintreiben, auch ohne daß sie anerkannt ist, so muß er den geforderten Betrag auch nehmen, ohne daß der Schuldner die Forderung anerkennt. Dem Eintreiberecht entspricht hier die Annahmepflicht [2]).

[1]) Ebenso Liebknecht, S. 61 ff.

[2]) So auch die überwiegende Meinung; dagegen Neisser, a. a. O. S. 281 Note 7, Stölzel, S. 99 ff. (2. A. S. 156 ff.), Ztsch. f. Civilproz. 24 S. 96 ff. Vgl. die ausführliche Darlegung bei Liebknecht, S. 72 ff.

Es fragt sich nun, welches Rechtsverhältnis entstanden ist, wenn der Gläubiger die unter Vorbehalt gemachte traditio, sei es freiwillig, sei es, weil er mußte, angenommen hat?

Stölzel hat die Auffassung als möglich vertreten, hier liege eine bedingte Zahlung vor; indessen geht aus seinen Ausführungen hervor, daß auch er eine Bedingung in dem sonst üblichen Sinne nicht annimmt[1]). Der Grund, weshalb er die Scheidung zwischen Zahlungen unter Vorbehalt und bedingten Zahlungen nicht energischer vollzieht, liegt in der von der bisherigen Rechtssprache gepflegten Mehrdeutigkeit des Ausdruckes „Vorbehalt". Wenn Stölzel mit diesem Sprachgebrauche — der, wie erwähnt, auch der des BGB. ist — eine Zahlung unter der Bedingung des Reurechts als eine Zahlung unter „Vorbehalt des Reurechts" bezeichnet, so ist es klar, weshalb er eine Zahlung unter Vorbehalt nicht schlechtweg den bedingten Zahlungen gegenüber stellen konnte. Er hat daher für erstere den Terminus „Eventualzahlung" gewählt; diese Darlegungen behalten dagegen den Ausdruck „Vorbehalt" in dem bisher allein gebrauchten Sinne bei, sodaß also unter einer „Zahlung mit Vorbehalt" stets eine „Eventualzahlung" in Stölzels Sinne verstanden wird. Stölzel hat nun den Thatbestand der Vorbehaltszahlung so gefaßt[2]): Der A tradiert dem B das Geld mit der Erklärung, der B solle damit bezahlt sein, wenn die Forderung bestünde. Oder auch unter Ausdruck des Motives, weshalb A in dieser Weise handelt, nämlich seiner subjekten Ungewißheit über das Bestehen der Schuld: der B solle damit bezahlt sein, wenn A demnächst, sei es im Prozesse, sei es außerhalb des Prozesses, von der Existenz der Forderung sich überzeuge.

Bei der rechtlichen Bewertung dieser Erklärungen muß man im Auge behalten, daß „nicht jeder Satz, der mit „wenn" anfängt, im Rechtssinn eine Bedingung ist"[3]). Will man die vorliegenden Erklärungen als Bedingung auffassen, so muß man zunächst fragen, für welches Thatbestandsmoment der Zahlung soll die Bedingung gesetzt sein?

Die traditio ist zweifellos unbedingt. Aber auch der Wille, die Schuld zu tilgen, ist unbedingt erklärt. Bedingt könnte demnach

[1]) S. 108 ff. (2. A. S. 167 ff.); vgl. auch S. 139 ff. (2. A. S. 200 ff.), Ztsch. f. Civilproz. S. 78, 79.

[2]) S. 105 ff. (2. A. S. 164 ff.). Ebenso Förtsch, S. 231.

[3]) Eccius, S. 35. Vgl. auch Neisser, a. a. O. S. 284 ff.

nur die Anerkennungserklärung sein. Allein die Erklärung lautet nicht so: Ich A erkläre, daß Du B forderungsberechtigt sein wirst, wenn ich mich von der Existenz der Forderung überzeugt habe. Sie kann demgemäß nur lauten: Ich A werde erklären, daß Du jetzt forderungsberechtigt bist, wenn ich mich von der Existenz der Forderung überzeugt habe.

Eine derartige Erklärung benimmt der traditio jede auf Tilgung der Schuld gerichtete Wirkung; eine Zahlung liegt alsdann überhaupt nicht mehr vor[1]), auch keine bedingte. Das, was eine traditio zur Zahlung macht, der Wille, sie zur Erfüllung einer, wenn auch nur bedingten, Schuld zu verwenden, fehlt hier; vielmehr liegt nur die Aeußerung einer Absicht bezüglich eines späteren Verhaltens vor. Und zwar einer unverbindlichen Absicht; daß B etwa später auf dies Verhalten Klage erheben könnte mit der Behauptung, die Bedingung sei eingetreten, A habe sich von der Existenz der Forderung überzeugt, ist völlig ausgeschlossen.

Die Aeußerung des A, er werde die Forderung anerkennen, wenn er sich von ihrer Existenz überzeugt habe, hat also überhaupt keine juristische Bedeutung. Sie ist vielmehr lediglich die rechtlich unerhebliche Beifügung des Motivs dafür, weshalb A die Schuld jetzt nicht anerkennen will. Daher kann sie auch ohne Schaden fortbleiben. Es ist rechtlich völlig gleichwertig, ob A sagt: „Ich zahle Dir die geforderten 100, aber verwahre mich dagegen, daß ich damit die Forderung anerkenne" oder ob er sagt: „Ich zahle Dir die geforderten 100, verwahre mich jedoch dagegen, daß ich damit anerkenne, aber ich werde anerkennen, wenn ich mich von der Existenz der Forderung überzeuge." Das, was allein in beiden Fällen rechtliche Bedeutung hat, ist die Verwahrung gegen den Schluß auf den Anerkennungswillen.

Das ändert sich auch nicht in dem Falle, wenn man, wie Förtsch[2]) ergänzt, die Bedingung beim Vorbehalt nicht auf den Eintritt der Ueberzeugung des A, sondern auf den Ausfall des

[1]) Die m. E. unzutreffenden Ausführungen Neissers (a. a. O. S. 278 ff.) über Wesen und juristische Struktur des Vorbehalts beruhen gerade darauf, daß er von dem Satze ausgeht, auch die Vorbehaltszahlung sei in ihrem Wesen Zahlung, mit einer Modifikation allerdings, einem Satze, den er nicht weiter prüfen zu müssen glaubt. Das Richtige blickt jedoch gelegentlich (S. 298) auch bei ihm durch.

[2]) Gruchots Beiträge, Jahrg. 42 S. 231. Ihm zustimmend Mansfeld in der D. J.-Z. 3. Jahrg. S. 257.

richterlichen Urteils im Prozesse abstellt. Denn das richterliche Urteil mag thatsächlich in vielen Fällen eine „objektiv ungewisse“ Thatsache sein; für das Recht kann das richterliche Urteil eine solche nie sein. Nach der idealen Anschauung des Rechts stellt das richterliche Urteil nur fest, was immer vorhanden war, der Richter „erkennt“ das, was ist. Daher steht in der Idee das richterliche Urteil schon a priori fest, es ist nicht etwas objektiv Ungewisses. Das Recht kann ein richterliches Urteil nie in diesem Sinne als Bedingung behandeln; wer daher sagt: ich werde Dir zahlen, wenn der Richter urteilt, daß ich dazu verpflichtet bin, der sagt im Sinne des Rechtes einfach: ich werde zahlen, wenn ich dazu verpflichtet bin[1]. Das aber ist eine objektiv gewisse Thatsache und daher nicht geeignet, als Bedingung gesetzt zu werden.

Auch in dieser Beziehung bleibt also das Ergebnis: eine Zahlung unter Vorbehalt ist keine bedingte Zahlung[2].

Ja, sie ist, wie bereits gesagt, überhaupt keine Zahlung. Aber ohne Bedeutung ist sie dennoch nicht.

Wenn B von A die ihm geschuldeten 100 fordert und A ihm 100 unter Vorbehalt tradiert, so enthält dies Rechtsgeschäft folgende Thatbestandsmomente:

[1] Vgl. die Bemerkung Stölzels in der 2. Aufl. S. 165.

[2] Der von Liebknecht S. 10 angeführte Grund ist, weil auf unrichtiger Prämisse beruhend, unzutreffend. Es ist nämlich nicht richtig, daß suspensiv bedingte Rechte schlechthin unklagbar sind, weil ein Anspruch zur Zeit der Klageerhebung bereits entstanden sein, die Bedingung also schon zu dieser Zeit eingetreten sein müßte. Denn das moderne Recht betrachtet, im Gegensatze zum römischen, den Zeitpunkt der Urteilsfällung, nicht mehr den der Litiskontestation als den maßgebenden. Im Uebrigen ist die von Liebknecht (namentlich S. 44 ff.) vertretene Auffassung über die Natur der Vorbehaltszahlung die gleiche, wie die des Textes. Dagegen unterscheidet er hinsichtlich der Aufrechnung Vorbehaltsaufrechnung (S. 127 ff.) und Eventualaufrechnung (S. 136 ff.). Letztere ist ihm bedingte Aufrechnung mit bedingter Schuldanerkennung, erstere unbedingte Aufrechnungserklärung mit Schuldbestreitung. Diese Eventualaufrechnung wäre jedoch für das künftige Recht nach § 388 BGB. zweifelsohne unwirksam; in dieser Hinsicht sind Liebknechts Ausführungen m. E. nicht überzeugend. Die Zulässigkeit der Vorbehaltsaufrechnung verwirft Liebknecht, weil nach seiner Ansicht (die auch hier vertreten wird) der Gegner sie sich nicht gefallen zu lassen braucht, ihr widersprechen kann — Analoges gilt aber auch für die Vorbehaltszahlung — und ferner (S. 177) wegen der „Zerreißung des Aufrechnungsaktes in zwei Teile“. Eine „Zerreißung“ liegt hier jedoch nicht in höherem Grade vor, als bei der Zahlung unter Vorbehalt; übrigens ist die von Liebknecht gegebene Analyse des Thatbestandes nicht völlig zutreffend.

I. die traditio,

II. die Erklärung des Willens:

a) eine Schuld nicht anzuerkennen,

b) das Geforderte aber hiermit dennoch zu leisten.

Im Hinblick auf den Thatbestand der Zahlung ist also das erste Moment desselben verwirklicht, das zweite nicht. Der Gläubiger, der eine Vorbehaltszahlung annimmt, kann also die traditio nicht mehr beanspruchen. Aber er ist keineswegs klaglos gestellt[1], er hat noch immer das Recht auf Verwirklichung des zweiten Erfüllungsmomentes, der Willenserklärung. Er kann also klagen darauf, daß Schuldner die Anerkennung der Schuld erkläre. Eine Feststellungsklage[2] ist dies nicht, sondern eine Leistungsklage, gerichtet auf Abgabe einer Willenserklärung[3]; daß mit der Rechtskraft des Urteils auch schon das Begehren des Klägers erfüllt ist, macht sie nicht zur Feststellungsklage[4], sondern ist allen Klagen auf Abgabe einer Willenserklärung gemeinsam (§ 779 [894] CPO.).

Die Bedenken von Eccius[5] und Geib[6], die sie aus der Auslegung des § 231 [256] CPO. gegen Stölzels[7] Auffassung dieser Klage geschöpft haben, würden damit entfallen.

Die „Zahlung unter Vorbehalt“ zeigt aber ihre eigenartigen Wirkungen nicht nur nach der Seite des Gläubigers, sondern auch nach der des Schuldners hin.

Der Schuldner, welcher ohne Vorbehalt zahlt, hat „zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ (BGB. §§ 813, 814), solvendi causa, geleistet. Daher kann er, wenn die Verbindlichkeit nicht bestand, das Geleistete, das jetzt sine causa im Vermögen des Empfängers ist, zurückfordern. Die Klage ist die condictio indebiti, ihr Klagegrund die Behauptung der Leistung und des Fehlens der bei der Leistung genannten causa; beides muß der Kläger beweisen.

Dagegen leistet der Schuldner, welcher mit Vorbehalt zahlt, ausdrücklich nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit,

[1] Anders Eccius, S. 23.

[2] So nämlich Stölzel, Schulung S. 103 (2. A. S. 161), Ztschr. f. Civilpr. Bd. 24 S. 124, 125.

[3] Ebenso jetzt auch Liebknecht, S. 71 Note 43.

[4] Wie Bähr, Anerkennung S. 314 ff., anzunehmen scheint.

[5] S. 24. Hierzu Stölzel, Zsch. f. Civilpr. 24 S. 87 ff., 108 ff.

[6] A. a. O. S. 468 ff.

[7] S. 103 (2. A. S. 161), 120 (2. A. S. 180), Zsch. f. Civilpr. a. a. O. S. 124 ff.

sondern zum Zwecke der Vermeidung der Zwangsvollstreckung oder einer Klage oder sogar blos von Gewissenszweifeln. Eine causa, ein „rechtlicher Grund“ im Sinne von § 812 ist dies fraglos nicht. Das Recht sieht in dem allen lediglich ein Motiv, nicht den wirtschaftlich berechtigten Grund einer Vermögensverschiebung. Daher ist hier die Leistung stets sine causa im Vermögen des Empfängers; dieser hat somit stets die condictio sine causa[1]), deren Klagegrund lediglich die mit Vorbehalt (d. h. also ausdrücklich sine causa) erfolgte Leistung ist; dies und nur dies also hat der Kläger zu beweisen.

Daraus folgt: wenn die Verpflichtung, gegen deren Bestehen der Vorbehalt sich richtete, in der That vorhanden war, so ist die Verteidigung des mit der condictio beklagten Empfängers, der das Bestehen dieser causa geltend macht, nicht etwa ein Bestreiten der Klagethatsachen, denn die Klagebehauptung geht ja gar nicht dahin, daß die Verpflichtung nicht bestanden habe. Vielmehr ist das Vorbringen des Beklagten eine exceptio doli; und deren Begründung, d. i. die Behauptung, daß eine Verpflichtung in der That bestanden habe, hat der Beklagte darzuthun[2]).

Die im Vorstehenden für die Vorbehaltszahlung ermittelten Grundsätze finden entsprechende Anwendung auch für die Aufrechnung unter Vorbehalt.

Der hier vorliegende Thatbestand besteht aus

I. der ideellen traditio und

II. der Willenserklärung: „ich A erkläre, Dir B nicht schuldig zu sein, gleichwohl aber will ich Dir geben, was Du forderst, und zwar in Gestalt meiner Forderung an Dich, die ich Dir hiermit erlasse.“

Sowenig nun die Zahlung unter Vorbehalt eine wahre Zahlung, sowenig ist aus den gleichen Gründen eine derartige Erklärung eine wahre Aufrechnung, auch nicht eine bedingte; wie dort das Fehlen des Momentes der Schuldanerkennung der traditio den Erfüllungscharakter nahm, so nimmt sie hier dem Schulderlaß, der ideellen traditio, die Kraft der Erfüllung d. h. der Aufhebung der gegnerischen Forderung. Wer die gegnerische Forderung nicht anerkennt, kann sie auch nicht zum Erlöschen bringen, weder durch

[1]) Hiergegen, aber unzutreffend, Neisser, a. a. O. S. 298 Note 20. Prinzipiell übereinstimmend Liebknecht, S. 58 ff.

[2]) Vgl. übrigens die Ausführungen Liebknechts S. 48 ff.

Zahlung, noch durch Aufrechnung. Daß formell die Zahlung ein Vertrag, die Aufrechnung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, kommt hierbei nicht in Betracht; wer eine gültige Zahlung anbietet, hat ebenfalls die Macht, sich einseitig zu befreien, wenn der Gläubiger die Zahlung nicht annimmt. Für unseren Fall ist die Analogie vollständig; in beiden Fällen fehlt der gewollten Leistung die befreiende Kraft: der Gläubiger B kann daher auch der Aufrechnung unter Vorbehalt widersprechen[1]).

Thut der Gläubiger B dies nicht, läßt er die unter Vorbehalt gemachte Aufrechnungserklärung zu, so bewirkt auch hier analog der Vorbehalt, daß zwar das erste Thatbestandsmoment der Aufrechnung, die ideelle traditio, erfüllt ist, nicht aber das zweite: die Anerkennungserklärung.

Entsprechend der Wirkung bei der Zahlung, kann daher der B zwar nicht mehr auf Leistung der Schuldsumme klagen[2]), wohl aber noch auf Abgabe der Anerkennungserklärung.

Auch nach der Seite des Leistenden A hin treten die eigenartigen Wirkungen des Vorbehalts ebenso entsprechend bei der Aufrechnung ein; wie also bei der Vorbehaltszahlung die traditio vollgültig, das Eigentum übergegangen ist, so ist bei der Aufrechnung unter Vorbehalt die ideelle traditio, der Erlaß, gültig; die Forderung des A ist erloschen[3]). Die Analogie mit der Vorbehaltszahlung besteht auch weiter für den Fall, daß B die behauptete Forderung nicht besaß. Der A, dem im Falle der Aufrechnung ohne Vorbehalt, da er „zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ geleistet hat, die condictio indebiti zusteht[4]) — wobei er Leistung und Mangel der causa beweisen muß — hat im Falle der Vorbehaltsaufrechnung die condictio sine causa, bei der er nur die

[1]) Ebenso Liebknecht S. 132. Uebereinstimmend auch, wenn schon mit anderer Begründung, Förtsch, a. a. O. S. 232.

[2]) Die widerspruchslos angenommene Vorbehaltsaufrechnung ist nicht etwa zum vertraglichen Erfüllungssurrogat geworden. Arg. § 396 I BGB.

[3]) Ebenso Kohler, Zsch. f. Civilpr. Bd. 24 S. 20. Anders Stölzel, S. 138 (2. A. S. 199), der aber für den Fall der vorbehaltlosen Aufrechnung das Erlöschen annimmt, auch wenn die Forderung des B nicht besteht. Eccius (S. 35, 254) ist wieder anderer Ansicht. Unter Berufung auf §§ 387, 389 BGB. vertritt er die Auffassung, daß die Aufrechnung (auch die vorbehaltlose) die Forderung bestehen läßt, falls die Gegenforderung nicht besteht. Ihm hat sich jetzt angeschlossen Liebknecht, S. 123 zu Note 14.

[4]) Stölzel, S. 137 (2. A. S. 198).

Leistung und den Vorbehalt, der B dagegen das Bestehen seiner Forderung zu beweisen hat.

Es ist zum Schlusse noch die Frage zu erörtern: ist jede Verwahrung bei Willenserklärungen wirksam? Oder anders gefaßt: kann man bei einem Verhalten beliebig den Schluß auf den regelmäßigen Willen ausschließen?

Das gemeine Recht hatte hierauf die Antwort: protestatio facto contraria non valet.

Allein wenn jemand eine Zahlung auf eine Schuld leistet und sich dagegen verwahrt, schuldig zu sein, so kann man die Verwahrung auch facto contraria nennen. Trotzdem ist sie, wie wir gesehen, wirksam.

Der Satz bedarf daher der Erläuterung.

Die allgemein gegebene ist die, daß die Verwahrung dann unwirksam ist, wenn das Verhalten den Schluß auf einen anderen Willen, als den abgelehnten, nicht zuläßt[1]).

Wenn A, dem sein steter Lieferant, der Buchhändler B, die jeweilig neuesten Erscheinungen des Büchermarktes zusendet, ein ihm so zur Ansicht zugeschicktes Buch aufschneidet mit der ausdrücklichen Verwahrung, er wolle das Buch nicht behalten, sondern nur durchlesen — so ist damit zweifellos dennoch der Kaufantrag angenommen.

Gleichwohl kann man nicht sagen, daß das Verhalten des A den Schluß auf den von ihm angegebenen Willen „nicht zulasse“, daß es mit ihm „unvereinbar sei“.

Man wird hier folgendes sagen dürfen:

Eine Verwahrung gegen den auf die Rechtsfolge einer Handlung gerichteten Willen ist stets bedeutungslos. (Vgl. § 1253 Abs. 1 BGB.) Das folgt schon daraus, daß der einem Verhalten zu Grunde liegende Wille gar nicht auf Rechtsfolgen gerichtet zu sein braucht, es vielmehr genügt, wenn er auf einen wirtschaftlichen oder sozialen Erfolg gerichtet ist[2]). Wie es daher irrelevant ist, ob der Handelnde den Rechtserfolg will, so ist es auch irrelevant,

---

[1]) Windscheid, Pand. I § 72 Note 11, Bekker, Syst. II § 111 zu Note n, Crome, Allg. Teil der mod. frz. Privatrechtswiss. S. 251 Note 6. Regelsberger, Pand. I S. 504. Vgl. Bad. LRS. 1108c.

[2]) Diese zuerst von Thon, Schloßmann, Lenel und Bechmann vertretene Auffassung gewinnt immer mehr an Boden. Vgl. neuerdings Danz, Auslegung S. 32, 2. Auch die herrschende Auffassung (vgl. Regelsberger, Pand. I 488 ff.) erkennt an, daß in vielen Fällen „im Bewußtsein des Handelnden die Rechtsfolge hinter dem praktischen Zweck zurücktritt“.

ob er ihn ablehnt. Die Rechtsfolgen treten notwendig und unabhängig vom Willen des Handelnden ein.

Es ist also bedeutungslos, wenn ich, bevor ich in eine Handelsgesellschaft als Teilhaber eintrete, mich dagegen verwahre, für die Schulden der Gesellschaft haften zu wollen.

Ferner wird aber auch die Verwahrung gegen einen aus einem Verhalten zu erschließenden praktischen Willen dann vom Rechte nicht beachtet, wenn es verkehrswidrig wäre, das Verhalten zu wählen, obwohl man diesen Willen nicht hat.

Hierher gehören alle Fälle, in denen der Verkehr die Erklärung eines Aneignungswillens in einem Verhalten findet, welch letzteres nur für den Fall jenes Willens erwartet wird; beobachtet daher der Erklärende das Verhalten, obwohl er den Aneignungswillen nicht hat, so ignoriert der Verkehr diesen Mangel, selbst wenn er ausdrücklich durch eine Verwahrung konstatiert wird. So z. B. in dem oben gegebenen Falle des Aufschneidens eines vom Buchhändler zur Ansicht zugeschickten Buches. Das Aufschneiden kann sehr wohl mit dem Willen geschehen, das Buch nicht zu behalten, sondern nur einmal darin zu lesen; da indes der Verkehr das Aufschneiden blos für den ersteren Fall erwartet, so beachtet er, wenn es geschieht, die Verwahrung gegen den Aneignungswillen nicht.

Es ist endlich noch in diesem Zusammenhang einer bereits erwähnten Rechtshandlung bei „unechten“ Willenserklärungen zu gedenken, die äußerlich mit der Verwahrung bei echten Willenserklärungen Aehnlichkeit hat, während sie in ihrer juristischen Bedeutung völlig von ihr verschieden ist. Da sie in den römischen Quellen, ebenso wie die Verwahrung, lediglich nach der bei beiden gleichen Art ihrer Vornahme vor Zeugen als protestatio bezeichnet wird, so hat dieser gemeinsame Name über jene Verschiedenheit hinwegtäuschen können.

Diese Verschiedenheit wurde bereits dahin festgestellt, daß, während die Verwahrung bei echten Willenserklärungen das einzig mögliche und daher notwendige Mittel sei, den unerwünschten Schluß auf einen bestimmten Willen zu verhindern, die protestatio bei unechten Willenserklärungen nur die beweissichernde Bedeutung habe, später das Nichtvorliegen des betreffenden Willens darthun zu können, daß daher, während dort die Verwahrung notwendig in enger Verbindung mit dem schlüssigen Verhalten stehen müsse, hier die protestatio — die nichts als eine Art authentischer Inter-

pretation; eine Erläuterung ist — auch noch später oder früher und in jeder beliebigen Form vorgenommen werden könne.

Wenn daher im Falle des § 1598 BGB. der Mann nach der Geburt für das Kind sorgt, so kann er sich sofort gegen den Anerkennungswillen verwahren; er kann aber auch das Fehlen dieses Willens etwa aus Briefen, die er bereits vor der Geburt des Kindes geschrieben, hinterher nachweisen und damit klarlegen, daß jene Sorge nur dem Mitleid mit dem Kinde, nicht aber dem Willen, es anzuerkennen, entsprungen sei.

Ein Fall aus der Praxis mag hier Platz finden. X, der vom Eisenbahnfiskus eine Wohnung mit vierteljährlicher Kündigung gemietet hatte, kündigte diese am 15. Juli zum 1. Oktober, also verspätet. Die Eisenbahndirektion, als Vertreterin des Fiskus, nahm daher die Kündigung nicht an. Da indessen X Anstalten traf, trotzdem auszuziehen, so verfügte die Direktion an die betreffende Inspektion, sie solle, falls X ausziehe, versuchen, die Wohnung vorbehaltlich der Rechte des X und in dessen Interesse zu vermieten, um, falls sich ein genehmer Mieter fände, den X aus dem Mietverhältnis entlassen zu können. Auf Grund dieser Verfügung inserierte die Inspektion die Wohnung in der Zeitung als zu vermieten. In dem später entstandenen Prozesse wollte X in diesem Inserat eine Zustimmung zur Lösung des Mietverhältnisses erblicken. Da es sich aber hier nicht um eine echte, sondern nur um eine „unechte" Willenserklärung handelte, so konnte die beklagte Direktion sich zur Klarlegung des jenem Verhalten zu Grunde liegenden Willens mit Fug auf ihre rein interne Verfügung berufen, in welcher sie den Zustimmungswillen ausdrücklich abgelehnt hatte.

2. Das Thatbestandsmoment der Ankunft.

Bei der umfassenderen der beiden Rechtsgeschäftsgruppen des BGB. erfordert, wie erwähnt, der Thatbestand außer der Abgabe der adressierten Willenserklärung auch deren Ankunft beim Adressaten.

Abgegeben ist sie, wie wir sahen, wenn der Adressat das Seinige gethan hat, um ihr die Ankunft zu ermöglichen. Ob diese Ankunft wirklich erfolgt, liegt außerhalb seiner Macht; sie ist also ein *selbständiges* Moment des Thatbestandes[1]).

[1]) Vgl. *Zitelmann*, Rechtsgeschäfte I S. 27, 32, 98 ff.

Darüber, was als Ankunft der Erklärung zu betrachten sei, herrschte in der gemeinrechtlichen Litteratur bekanntlich Streit: die einen forderten Empfang, die anderen Kenntnisnahme; und auch im einzelnen war man sich nicht einig.

Das BGB. hat die Frage nur für Erklärungen *unter Abwesenden* beantwortet. § 130 bestimmt: „Eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, *in welchem sie ihm zugeht.*"

Wie die Motive, Bd. I S. 157, und die Protokolle, Bd. I S. 69, wie insbesondere die Geschichte des § 74 des I. Entw. bestätigt, hat das Gesetz sich damit auf den Standpunkt der Empfangstheorie gestellt.

Indessen ist mit dieser Thatsache allein noch nicht jeder Zweifel behoben[1]). Es entstehen die Fragen: wann ist eine Erklärung „zugegangen", und welche juristische Natur hat der Empfang einer Erklärung?

Bei der Beantwortung dieser letzteren Frage ist man überall von der Idee einer *Mitwirkung* des Empfängers ausgegangen, wobei man diese weiterhin geradezu als verkehrsrechtliche Pflicht statuierte, deren Verletzung nach dem Grundsatze dolus pro facto est zu beurteilen sei.

Die Grundlage dieser Auffassung war der überall als Axiom vorgetragene und daher nirgends einer eingehenderen Prüfung für bedürftig gehaltene Satz, das BGB. erfordere zu einem wirksamen Empfang adressierter Erklärungen auf seiten des Empfängers die gleiche Geschäftsfähigkeit als wenn er selbst der Erklärende sei[2]).

Indem man aus dieser angeblichen Gleichheit der Wirkung auf die Gleichheit der Ursache schloß, kam man zu der erwähnten Auffassung von der Mitwirkung des Empfängers der Erklärung. Am schärfsten formuliert worden ist diese von *Endemann* (a. a. O.).

„Auch der Empfänger einer Erklärung — sagt er — ist an dem Rechtsgeschäft aktiv beteiligt; nicht wird ihm eine rein passive Rolle zugeschrieben . . . . Zugehen bedeutet daher nach dem BGB. die Ankunft und das rechtliche Ergreifen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung."

[1]) *Zitelmann*, a. a. O. S. 104.
[2]) *Zitelmann*, I S. 23, *Cosack*, I S. 166, *Endemann*, I S. 276, *Planck*, I S. 183, *Fritze*, S. 214, *Immerwahr*, Kündigung S. 79.

In der Form abweichend, aber im Prinzip übereinstimmend ist die Darlegung Zitelmanns (a. a. O.): „Das Empfangen einer Willenserklärung ist keine Handlung, sondern nur ein sich bei dem Empfangenden von selbst vollziehender Vorgang, ... der . . an sich nichts als Passivität des Empfängers erfordert. Dieses Empfangen ist nun aber von größter Wichtigkeit; denn die empfangene Willenserklärung soll das fernere Verhalten, insbesondere das wirtschaftliche Verhalten des Empfängers bestimmen, sie soll ihn zu weiterem Handeln — die Mahnung z. B. zum Zahlen — motivieren: sie muß daher dem abgegeben werden, der die Macht hat, durch sein Handeln rechtlich wirksam zu werden, m. a. W., der Empfänger muß die Fähigkeit haben, die er haben müßte, wenn er selbst der Erklärende wäre."

Wenn hier nun auch zunächst, anders als bei Endemann, „an sich nichts als Passivität" vom Empfänger verlangt wird, so erhellt doch aus dem Erfordernis nicht blos der Erkenntnisfähigkeit, sondern der vollen Verfügungsfähigkeit, daß die rezeptive Thätigkeit des Empfängers nicht etwa nur als Apperzeption der Erklärung, sondern als Willensakt betrachtet wird — womit sich allerdings die Vorstellung eines sich beim Empfänger „von selbst vollziehenden Vorgangs" schlecht vereinigen läßt.

Von dieser Auffassung einer Mitwirkung des Empfängers aus wird man eine Erklärung erst dann als zugegangen betrachten können, wenn entweder der Empfänger sie ergriffen hat oder wenigstens in der Lage war, sie ergreifen zu können. Und zwar wird diese Möglichkeit von jenem Standpunkte aus, mit seiner Annahme einer verkehrsrechtlichen Pflicht zur Mitwirkung, nur dann zu berücksichtigen sein, wenn ihre Versäumnis als verkehrsrechtliches Verschulden angesehen werden müßte[1]).

Wenn diese Forderung nicht überall gestellt wird[2]), so hat wohl nur das Rechtsgefühl davon zurückgehalten, diese Konsequenzen der Grundanschauung rücksichtslos zu ziehen.

Schon das allein spräche gegen die Richtigkeit des Grundaxioms. Und eine nähere Prüfung bestätigt seine Unbegründetheit.

Daß der Empfang einer Erklärung nur Apperzeption, nicht Willensakt sei, diese Erkenntnis hat schon Florentin ausgesprochen[3]).

[1]) Planck, I, S. 164. Endemann, I, S. 278.
[2]) z. B. von Cosack, I, S. 176, Hellmann, Vorträge S. 89.
[3]) Fr. 209 D. de V. S. (50,16); vgl. Regelsberger, Pand. I, S. 472, I 1; Bekker, Syst. II, S. 67 § 93.

Wenn man trotzdem für den Empfänger sich nicht mit der bloßen Erkenntnisfähigkeit begnügen zu dürfen, sondern für das Recht des BGB. auch volle Geschäftsfähigkeit fordern zu müssen geglaubt hat, so hat, wie gleich zu zeigen, der äußerliche Aufbau des § 131 diesen Irrtum verschuldet. Denn, daß es ein Irrtum ist, lehrt die folgende Erwägung:

Bei einer Willenserklärung durch oder an einen Stellvertreter kommt der subjektive Vorgang nicht in der Person des Vertretenen, sondern lediglich in der Person des Vertreters in Betracht. Sowohl der Erklärungswille bei der Abgabe einer Erklärung, wie der „Geisteseffekt" bei dem Empfang einer solchen muß in der Person des Vertreters vorhanden sein, und wird vom Rechte so und regelmäßig nur so beurteilt, wie er hier vorhanden ist. Das sagt § 166 BGB.: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht."

Es müßte daher, wenn der Empfang einer Erklärung thatsächlich volle Willensfähigkeit erforderte, auch der Vertreter als derjenige, dessen psychische Qualität maßgebend ist, eine Willenserklärung nur empfangen können, falls er voll geschäftsfähig wäre.

Gerade das Gegenteil sagt § 165: „Die Wirksamkeit einer . . . . gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist."

Nur Erkenntnisfähigkeit wird also erfordert; der Empfang der Erklärung ist nichtig, wenn der Empfänger geschäftsunfähig ist. Daher ist er auch nichtig, wenn der Empfänger bewußtlos war oder sich in einem Zustande vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit befand, also im Falle des § 105 Abs. 2 BGB.

Endemann[1]) hat zwar das Gegenteil behauptet: „Soweit es sich um das Empfangen oder Zugehen einer Willenserklärung handelt, tritt Nichtigkeit nur dann ein, wenn die von den stärkeren Voraussetzungen abhängige Geschäftsunfähigkeit des § 104 Nr. 2 festgestellt ist."

Indessen wird wohl richtiger als Prinzip auch im Falle des § 105 Abs. 2 Nichtigkeit anzunehmen und nur dann, wenn die Bewußtlosigkeit den Umständen nach auf das Zugehen ohne Einfluß ist, der Empfang als gültig zu erachten sein[2]).

[1]) Einführung I, S. 165.
[2]) Vgl. Cosack, I, S. 166 Nr. 3.

Daher ist allerdings ein Brief auch dann zugegangen, wenn er während des Mittagsschlafes des Adressaten in dessen Briefkasten geworfen wird; anders jedoch, wenn der Empfänger z. B. in mehrtägigen Fieberdelirien liegt. —

Wiederholen wir: Der Empfänger einer Erklärung braucht nicht voll geschäftsfähig zu sein.

Die herrschende entgegengesetzte Auffassung gründet sich auf § 131 Abs. 2. Eine genauere Betrachtung soll zeigen, daß sie auch hierin keine Stütze findet.

Der Satz: eine Willenserklärung setzt zum Empfang unbeschränkte Geschäftsfähigkeit voraus, abstrahiert hierbei und muß abstrahieren von dem Inhalte der Erklärung, denn an sich ist für die rein technische Frage der Ankunft einer Willensäußerung es natürlich vollkommen gleichgültig, *welchen* Willen dieselbe kundgiebt. Auch ist ja mit der Feststellung, daß die Willenserklärung zugegangen ist, an sich noch nichts über deren erstrebten Erfolg gesagt.

Dies gilt namentlich von Willenserklärungen, welche eine Einwirkung auf eine fremde Vermögenssphäre bezwecken, also von adressierten rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Hier hat die Frage, ob die Erklärung angekommen ist, nichts mit der Frage zu thun, ob die erstrebte Einwirkung auch erreicht wird; das Recht kann vielmehr sehr wohl sagen: Deine Erklärung ist zwar beim Adressaten angekommen, aber aus dem und dem Grunde gestatte ich Dir eine Einwirkung auf das Vermögen des Adressaten nicht.

In jedem Falle hat also der Thatbestand der Rechtswirkung folgende hier interessierende drei Momente:

1. die Abgabe der Erklärung,
2. die Ankunft der Erklärung,
3. die Möglichkeit, auf das Vermögen des Adressaten einzuwirken.

Jedes dieser drei Momente ist daher auch fähig, durch seinen Mangel die Rechtswirkung zu vereiteln.

Die Abgabe der Erklärung kommt hier nicht weiter in Betracht; es handelt sich uns um die Frage der Ankunft.

Gehörte, wie die herrschende Meinung behauptet, zum Moment des Empfanges die volle Geschäftsfähigkeit des Empfängers, so müßte diese schlechthin in jedem Falle gefordert werden, ganz ohne Rücksicht auf das dritte Moment.

Wenn dagegen, wie hier verfochten wird, zum Empfang nur Erkenntnisfähigkeit gehört — so kommt es eben bei deren Vorliegen,

also beim Vorliegen des zweiten Momentes, erst noch auf das dritte Moment an; das Recht könnte nämlich dem Erklärenden sagen: Ich gestatte Dir eine Einwirkung auf das Vermögen des Adressaten nur in dem Falle ohne Weiteres, wenn sie diesem blos einen rechtlichen Vorteil bringt; bringt sie ihm aber einen rechtlichen Nachteil, so gestatte ich Dir die Einwirkung nur, wenn der Adressat die unbeschränkte Verfügungsfähigkeit hat, oder die Einwirkung von dem Mundwalt des in der Verfügung beschränkten Empfängers gebilligt ist.

Prüfen wir nun an der Hand dieser Gesichtspunkte den § 131 Abs. 2, so ergiebt sich in der That, daß er für den Empfang durchaus nicht volle Geschäftsfähigkeit fordert. Denn wenn die Erklärung dem Empfänger lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt oder wenn der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt, dann ist die Erklärung sofort mit dem Empfang auch seitens eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten wirksam. Hier ist also zweifellos der Empfang gültig geschehen, auch ohne daß volle Geschäftsfähigkeit vorlag.

Daß § 131 im gleichen Falle die Wirkung nicht eintreten läßt, wenn die Erklärung dem Empfänger einen rechtlichen Nachteil bringt und dessen gesetzlicher Vertreter nicht eingewilligt hat, hat *also seinen Grund nicht darin, daß hier die Erklärung nicht empfangen wäre, sondern daß das dritte Thatbestandsmoment der Einwirkungsmöglichkeit der Erklärung mangelt*[1]).

Anders ist es im Falle des ersten Absatzes von § 131. Dem geschäftsunfähigen Empfänger fehlt die Erkenntnisfähigkeit. Daher ist hier schon das zweite Thatbestandsmoment nicht vorhanden; es mangelt am Empfange der Erklärung. Hier kann also das dritte Thatbestandsmoment überhaupt nicht erst in Frage kommen; daher es ganz gleichgültig ist, ob die Erklärung dem Adressaten einen rechtlichen Vorteil bringt oder nicht und ob im letzteren Falle der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt hat oder nicht.

Um es noch einmal zusammenzufassen: Der erste Absatz des § 131 bespricht die Mangelhaftigkeit des zweiten, der zweite Absatz die des dritten der oben statuierten Thatbestandsmomente.

Dadurch, daß aber der § 131 diese beiden innerlich verschiedenen Fälle der Unwirksamkeit einer Erklärung äußerlich gleichwertig neben-

[1]) Daher ist auch, wenn eine derartige Willenserklärung gegenüber einem voll geschäftsfähigen Stellvertreter eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten abgegeben wird, dieselbe unwirksam. Daß sie hier empfangen ist, würde ja selbst die herrschende Auffassung nicht leugnen können.

einander stellt, hat er den Anschein einer inneren Aequipollenz derselben erweckt und hierdurch den herrschenden Irrtum veranlaßt.

Als Ergebnis dieser Untersuchung erhalten wir also den Satz: der Empfang einer adressierten Erklärung setzt auf seiten des Empfängers nicht volle Geschäftsfähigkeit, sondern nur Erkenntnisfähigkeit voraus.

Es folgt daraus weiter, daß auch nicht einmal in der Idee ein Ergreifen der Erklärung, also eine Mitwirkung des Empfängers vorausgesetzt werden darf. Die Erkenntnisfähigkeit als Thatbestandsmoment des Empfanges ist vielmehr lediglich als einem Momente innerhalb der Abgabe der Erklärung, also einem Momente innerhalb der Thätigkeit des Erklärenden korrelat zu denken.

Die nähere Ausführung dieses Gedankens wird zugleich zu der Untersuchung führen, wann der Empfang der Erklärung als geschehen zu erachten, m. a. W. wann die Erklärung „zugegangen" ist.

Das Verhalten dessen, der eine adressierte Erklärung abgiebt, muß, wie oben dargelegt, als Moment die Ermöglichung für den Adressaten enthalten, die Erklärung zu apperzipieren. Das Verhalten muß also von dieser Rücksicht auf den Adressaten bestimmt sein. Die Abgabe ist vollendet, wenn das vollendete Verhalten objektiv die Möglichkeit seiner Wahrnehmung durch den Adressaten enthält. Damit ist dieses Thatbestandsmoment der rechtsgeschäftlichen Wirkung erfüllt.

Der Thatbestand der Ankunft besteht nun darin, daß jene Möglichkeit auch in der Person des Adressaten ihre Verwirklichung finde, daß sie, die bis dahin ein lediglich vom Erklärenden gesetztes Moment war, auch als Umstand auf seiten des Adressaten existent werde.

Diese Möglichkeit als Moment in der Person des Adressaten hat nun ihrerseits wieder eine doppelte Voraussetzung: nämlich einmal die Möglichkeit als rein esoterisches Erfordernis in seiner Person, und zweitens die Möglichkeit als exoterisches, als in objektiven Umständen verwirklichtes Erfordernis.

Beide Momente zusammen bilden das Korrelat der in der Abgabe der Erklärung enthaltenen Wahrnehmungsmöglichkeit.

Das erste, esoterische Moment ist bereits dargelegt worden als die auf seiten des Adressaten erforderliche Erkenntnisfähigkeit.

Das zweite, exoterische ist das „Zugehen" der Erklärung. Ueber dies Moment ist bisher Einigkeit nicht zu erzielen gewesen[1]).

---

[1]) Vgl. Fritze, a. a. O. S. 211.

Fischer[1]) hat es als „Erlangung der thatsächlichen Gewalt", Endemann[2]) als „das rechtliche Ergreifen der Erklärung" bezeichnet; die letztere Begriffsbestimmung ist bereits zurückgewiesen worden, die erstere ist zu knapp und trifft auch das Wesentliche nicht. Das Wesen des „Zugehens" ist eben, wie bereits ausgeführt, die auf seiten des Adressaten bewirkte objektive Möglichkeit der Wahrnehmung. Eine Erklärung ist dem Adressaten „zugegangen", wenn diejenigen Umstände verwirklicht sind, welche ihm normaler Weise eine Wahrnehmung ermöglichen.

Nicht erforderlich ist also die konkrete Möglichkeit; auch in diesem Falle sieht das Recht des Verkehrs nur auf das Normale. Aber dies Normale muß eine Eigenschaft der Umstände sein.

Wenn also jemand einen Privatbriefkasten hat, so ist — da es dessen Eigenschaft gerade ist, seinem Besitzer die Kenntnisnahme der in ihn geworfenen Briefe zu ermöglichen — ein Brief auch dann zugegangen, wenn im konkreten Fall diese Möglichkeit ausgeschlossen ist, weil der Besitzer z. B. abwesend ist.

Wenn dagegen jemand z. B. jahraus jahrein täglich zu bestimmter Stunde stets denselben Spazierweg in seinem Garten macht, derart, daß man mit fast absoluter Sicherheit auf sein pünktliches Erscheinen an bestimmter Stelle rechnen kann — so ist dennoch ein Brief, der etwa an diese Stelle seines Weges gelegt wird — selbst vorausgesetzt, daß sie von niemandem sonst besucht werden kann, weil der Garten streng abgeschlossen ist, — ihm nicht zugegangen, obwohl normaler Weise ihm die Wahrnehmung möglich war.

Dieser Modifikation bedarf daher Plancks[3]) Begriffsbestimmung, wonach eine Erklärung dem Adressaten dann zugegangen ist, wenn er „in die Lage gesetzt worden ist, daß er unter regelmäßigen Verhältnissen von der Willenserklärung sich Kenntnis verschaffen konnte". Cosack[4]) hat diese Ungenauigkeit durch das Hereinziehen des Kriteriums der Verkehrsüblichkeit vermeiden wollen. Ihm gilt

---

[1]) Handausgabe von Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 130.

[2]) Einführung I S. 278.

[3]) Kommentar I S. 164. Dagegen ist die Polemik Fritzes (a. a. O. S. 212), die darin gipfelt, Plancks Definition neige zu der „vom Gesetz ausdrücklich perhorreszierten Vernehmungstheorie", es sei falsch, „die Kenntnis oder die Möglichkeit der Kenntnisnahme zum Ausgangspunkt der Definition des Begriffes ‚zugehen' zu machen", m. E. unberechtigt. Ebenso wie Planck auch Hellmann, S. 89, Enneccerus, I S. 166.

[4]) Lehrbuch I S. 176.

eine Erklärung als zugegangen, wenn dem Empfänger in verkehrsüblicher Weise die Möglichkeit gewährt ist, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Indessen ist dies zweifellos zu streng. Wenn z. B. auf dem Lande jemand seinen Bernhardinerhund dazu abrichtet, ihm jeden Morgen die Briefe auf der Post zu holen und mit dem Postbeamten verabredet hat, daß dieser die Briefe in ein am Halse des Hundes befestigtes Schließkörbchen legt — so ist m. E. ein Brief zugegangen, sowie er in das Körbchen gelegt und dies wieder zugeschlossen ist; obwohl gewißlich hier eine verkehrsübliche Weise nicht vorliegt.

Eine Erklärung ist also zugegangen in dem Augenblicke, in welchem die besprochene Möglichkeit verwirklicht ist; daß die Möglichkeit später wieder entfällt, kommt nicht in Betracht. Wenn daher jemand den Brief aus dem Privatbriefkasten wieder herausnimmt, so ist dieser Vorfall nicht mehr imstande, den „Zugang" rückgängig zu machen. Auch die Zeitdauer ist hierfür gleichgültig; selbst wenn also die Entwendung des Briefes schon in der nächsten Minute geschieht, so war dennoch der Brief bereits zugegangen[1]).

Wir hatten bereits als eigenartige Erklärung die Mitteilung einer vollendeten Willenserklärung kennen gelernt; daß sie nicht Willenserklärung oder deren Teil ist, war dort dargelegt worden. Allein es fragt sich, ob sie nicht das Zugehen der Willenserklärung ersetzen kann, ob sie also nicht als Thatbestandsmoment eines Rechtsgeschäftes zu fungieren vermag. Auch dies ist m. E. zu verneinen. Wenn A dem B schriftlich einen Antrag bezüglich eines Geschäftes macht, wegen dessen sie bereits in Unterhandlung standen, und ihm sofort telegraphiert: „Eben geht mein Offertbrief ab, erbitte telegraphische Annahme!" — so ist damit der Antrag dem B noch nicht zugegangen. Wenn also B, der entschlossen ist, auf jeden Fall zu akzeptieren, auf die Depesche des A hin telegraphisch annimmt, bevor der Antrag eingeht, so kann A immer noch bis zu diesem Moment telegraphisch widerrufen. Oder gesetzt den Fall: eine Offerte, die durch Ausführung gemäß § 151 angenommen werden soll, käme überhaupt nicht an und der Offerent — beunruhigt über das Ausbleiben der Sendung — schriebe dem Oblaten: „Ich machte Ihnen folgende Offerte . . . . ., bitte um Nachricht, ob die Sendung abgegangen ist", so ist die Offerte nicht etwa jetzt zugegangen, sodaß Oblat akzeptieren könnte; macht er die

[1]) Ebenso Cosack, a. a. O.

Sendung, so ist dies vielmehr seinerseits ein Vertragsantrag, und der erste Offerent hat freie Wahl, ob er akzeptieren will oder nicht.

Eine besondere Art des „Zugehens" und in manchen Fällen ein Ersatz ist die Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung gemäß BGB. § 132 Abs. 1.

In vielen Fällen wird hier in der That die zugestellte Erklärung auch zugegangen sein; ein Ersatz ist die Zustellung in den Fällen, in welchen ein Zugehen nicht möglich ist. In diesen Fällen benutzt das Gesetz das Hilfsmittel der Fiktion, um einen ihm genehmen Erfolg zu erzielen, den es sonst an das Thatbestandsmoment des Zugehens knüpft und den es hier eintreten läßt, obwohl die Erklärung nicht zugegangen ist[1]); ein analoger Fall ist oben bereits erörtert worden. —

Wie bereits erwähnt, regelt das Gesetz das Thatbestandsmoment der Ankunft einer Willenserklärung nur für Erklärungen unter Abwesenden.

Betreffs der Erklärungen unter Anwesenden stand sowohl die Kommission für die 1. wie die für die 2. Lesung auf dem Standpunkte, daß für sie eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich sei. „Die Entscheidung der Frage, in welchem Zeitpunkt eine unter Anwesenden abgegebene Willenserklärung wirksam werde, ergebe sich in der Regel aus der Natur der Sache. Eine Lösung der Zweifel, zu welchen einzelne besonders gearteten Fälle Anlaß bieten könnten, lasse sich generell nicht erreichen und liege außerhalb der Aufgaben der Gesetzgebung" [2]).

Was ergiebt sich nun aber für die Erklärung unter Anwesenden aus der „Natur der Sache"? Die Annahme der Kommission, daß dies zweifelfrei sei, hat sich nicht bestätigt.

Planck[3]) hat die Ansicht vertreten, die Voraussetzung für die Wirksamkeit einer einem Anwesenden gegenüber abgegebenen Erklärung sei anders zu normieren, als wenn eine solche sich an

[1]) Ebenso Kohler in seinem Arch. f. b. R. Bd. 13 S. 218 Note 66. Anders Zitelmann, Rechtsgesch. I S. 111. Vgl. Enneccerus, Bürg. R. I S. 171, III.

[2]) Motive Bd. I S. 156, Protokolle 2. Lesung I S. 69. Die Forderung Zitelmanns, Rechtsgesch. Bd. I S. 101, auch für die Erklärungen unter Anwesenden, die Regelung mitzutreffen, ist nicht erfüllt worden.

[3]) Kommentar, Bd. 1 S. 180 zu § 130.

einen Abwesenden richte. Es sei Kenntnisnahme der Erklärung zu verlangen.

Ebendasselbe fordern auch Endemann[1]), Enneccerus[2]) und Rehbein[3]). Indessen ist nicht abzusehen, warum prinzipiell hier nicht das Erfordernis des Zugehens genügen sollte. Sicherlich ist eine einem Anwesenden übergebene schriftliche Erklärung schon mit der Uebergabe wirksam, auch ohne daß der Empfänger sie gelesen hätte.

Der Grund, der für die erwähnten Schriftsteller hauptsächlich den Anlaß ihrer Forderung abweichender Behandlung bildet, ist das Bedenken bezüglich mündlicher Erklärungen. Gewiß ist eine an einen Schwerhörigen mit leiser Stimme gerichtete Erklärung wirkungslos; aber ist diese ihm denn überhaupt zugegangen? Er hat ja gar nicht die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme gehabt.

Man wird daher wohl unbedenklich das Moment der Ankunft einer an einen Anwesenden gerichteten Erklärung rechtlich ebenso behandeln dürfen, wie das einer Erklärung unter Abwesenden[4]).

3. Die deliktische Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts.

Das römische Recht schied, gemäß der römischen Anschauung, welche die Quelle jeder Verbindlichkeit in einer Willensbethätigung des zu Obligierenden suchte, die Entstehungsgründe der Obligationen in vier Kategorien: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio[5]), eine Einteilung, welche sich als eine Erläuterung der Gajanischen: omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto darstellte[6]).

Die Wissenschaft des gemeinen Rechts hat nun zwar diese Einteilung fallen lassen; indessen finden wir das, was man als den Grundgedanken jener Klassifikation ansehen kann, an anderer Stelle auch noch in der modernen Wissenschaft wieder, wobei hier

[1]) Einführung, Bd. 1 S. 280 II.
[2]) Bürg. Recht, Bd. 1 S. 170 § 73.
[3]) Kommentar, I S. 122.
[4]) So auch Cosack, Lehrb. I S. 176.
[5]) § 2 I. de obl. (3,13).
[6]) Gai. III 88. Vgl. Puchta, Pand. 12. A. § 249.

dahingestellt bleiben soll, inwieweit zwischen beidem ein ursächlicher Zusammenhang aufzuzeigen sein möchte[1]).

Dieser Gedanke ist der einer Möglichkeit der Klassifizierung der juristisch erheblichen Handlungen: während einerseits die rechtlichen Thatbestände geprüft und gesichtet werden, sollen auch die Handlungen als solche und soweit sie als Elemente eines Thatbestandes in Betracht kommen, der gleichen Behandlung fähig und bedürftig sein.

Daß ein derartiges Verfahren möglich ist, kann nicht bestritten werden; ob es fruchtbar ist, ist eine andere Frage.

Als Kategorien der privaten Handlungen fand die Wissenschaft in der Einteilung des Gajus zwei gegeben: die Kontrakte und die Delikte. Indessen war damit der Reichtum der vorkommenden rechtlich erheblichen Willensbethätigungen auch nicht annähernd erschöpft; beide Kategorien erschienen nur als Unterabteilungen höherer Begriffsreihen; und so schied man denn die Rechtshandlungen in erlaubte, rechtmäßige und unerlaubte, widerrechtliche[2]).

Als wichtigste Gruppe der ersteren ergaben sich die Rechtsgeschäfte, welche die zeitweilig herrschende Ansicht den letzteren, je nach dem Einflusse des bethätigten Willens auf die Rechtswirkung, als Handlungen mit gewillkürter Rechtsfolge, im Gegensatz zu ihnen als Handlungen mit notwendiger Rechtsfolge, gegenüberstellte.

Indessen blieb diese Anschauung nicht ohne Widerspruch, der hier wie so oft zuerst von Schloßmann[3]) ausging. Schloßmann betonte gegenüber der allgemeinen Einteilung, daß es Handlungen gebe, die sowohl Delikt als Rechtsgeschäft seien, daß also der Begriff des Rechtsgeschäfts, wie der des Delikts in bezug auf eine bestimmte einzelne Handlung völlig kongruieren könnten — ohne allerdings diesen Satz einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

Daher konnte Thon[4]) in zutreffender Polemik gegen Schloßmann nachweisen, daß dessen Aufstellungen ihr berechtigtes Maß weit überschritten, indem er ausführte, daß, wenn auch durch den Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäfts ein Delikt begangen werden

[1]) Vgl. z. B. Thibaut, System I § 131.
[2]) So z. B. Windscheid, Pand. I § 68, Dernburg, Pand. I § 79, Bekker, System II S. 9 Note 2, Hölder, Pand. § 202, Regelsberger, Pand. I S. 475, Cosack, Lehrb. I S. 145, Hellmann, Vorträge S. 59, Enneccerus, Bürg. R. I § 54. Vgl. auch Titze, Notstandsrechte im BGB. (1897) S. 1 ff.
[3]) Vertrag S. 130.
[4]) Rechtsnorm u. subj. Recht, S. 366 ff.

könne, dennoch niemals eine Normwidrigkeit einen notwendigen Bestandteil in dem Akte des Rechtsgeschäftes zu bilden vermöge.

Das Fazit der Untersuchungen[1] in dieser Richtung zog *Regelsberger*[2] in dem zweifellos richtigen Satze: „. . . daß dieselbe Handlung zugleich Thatbestandselement eines Rechtsgeschäfts und eines Deliktes sein kann. . . . . Nur das ist völlig ausgeschlossen, daß der Gesamtthatbestand eines Rechtsgeschäfts sich mit dem Gesamtthatbestand eines Deliktes *deckt*.“

Damit ist die Einteilung der Handlungen als solcher über Bord geworfen; wir erhalten statt ihrer die allein eine richtige Fragestellung ermöglichende Einteilung der Thatbestände. Zugleich wird damit aber auch die Frage unabweislich: *welche Wirkung hat es, wenn das dem Thatbestande eines Rechtsgeschäfts wesentliche Moment der Parteihandlung* — die, woran hier erinnert sein mag, von dem herrschenden Sprachgebrauch ebenfalls Rechtsgeschäft genannt wird — *zugleich ebenso wesentliches Moment eines Deliktsthatbestandes ist?*

Die rechtsgeschäftliche Wirkung tritt ein, weil das Recht die von dem Einzelinteresse angestrebte Regelung der Verkehrsverhältnisse als auch im Allgemeininteresse gelegen billigt und mit seinem Schutze umkleidet.

Die Strafandrohung andererseits soll die Handlung, gegen welche sie sich richtet, weil das Recht sie als dem Allgemeininteresse zuwiderlaufend mißbilligt, verhüten.

Beide Auffassungen gehen vom Normalen aus; sie abstrahieren von den Umständen des konkreten Falles. Daraus ergiebt sich das Substrat der vorliegenden Frage: eine Handlung, die normaler Weise vom Recht gebilligt wird, die also Thatbestandselement einer rechtsgeschäftlichen Wirkung ist, kann in einem konkreten Falle unter Umständen vollzogen werden, die sie als dem Allgemeininteresse schädlich erscheinen lassen, sie zum Thatbestandselement eines Deliktes machen. An das Recht tritt dann die Notwendigkeit der Entscheidung heran, ob es dieselbe Handlung, gegen welche es auf das stärkste reagiert, zugleich schützen, ob es seinen Arm, den es zur Bekämpfung der Folgen einer solchen Handlung erhebt, zugleich dazu herleihen soll, die Folgen dieser Handlung selbst herbeizuführen und durchzusetzen?

---

[1] Vgl. noch Pininski, Thatbest. des Sachbes. II S. 285, *Dernburg*, I § 79 Note 3.

[2] Pand. I S. 476.

Die Entscheidung im einen oder anderen Sinne setzt eine Abwägung der Gründe voraus, welche für die eine oder die andere Lösung sprechen: daß die betreffende Handlung unter Strafe gestellt ist, kann — wie *Endemann*[1] mit Recht ausgeführt hat — allein noch nicht als Argument verwertet werden, vielmehr wird zu prüfen sein, ob nicht für gewisse Fälle zwar die unter Strafe gestellte Handlung unerwünscht ist, jedoch der Nachteil, welcher, falls sie einmal vorgenommen war, aus der nachträglichen Vernichtung ihrer Folgen resultieren würde, ein bei weitem größerer wäre, als wenn letztere bestehen blieben.

Indessen ist die Entscheidung dieser Bedenken in erster Linie Sache des positiven Rechtes.

Für das gemeine Recht hatte man sie nach vielen Schwankungen eine Zeit lang in der bekannten Kaiserkonstitution Theodosius' II. (C. 5 C. de leg. 1,14) finden zu können geglaubt und danach die Frage dahin gelöst gefunden: ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur.

Damit sollte also für alle Handlungen, welche gegen ein Strafgesetz verstießen, auch die civilrechtliche Nichtigkeit normiert sein.

Daß diese Auffassung unberechtigt war, kann nach *Endemanns*[2] Darlegung wohl als allgemein anerkannt gelten[3].

Eine bestimmte Regel kennt sonach das gemeine Recht nicht; es verweist auf die Auslegung jedes einzelnen Strafverbotes, aus welch letzterem jedesmal auf den Verbotsgrund zurückgegangen werden muß. „Nur insofern — sagt *Endemann*[4] — kann ein Strafgesetz *mittelbar* auf die Beurteilung der bürgerlichen Rechtswirkung Einfluß gewinnen, als aus der Strafandrohung in geeigneten Fällen geschlossen werden kann, daß der Gesetzgeber gemeinhin eine Handlung als unerlaubt, als ihrem inneren Bestande nach rechtswidrig oder unsittlich kennzeichnen will, und daß sich hieraus die weitere Folgerung ziehen läßt, daß dies materielle Unrecht auch civilrechtliche Ungültigkeit bewirken soll.“

---

[1] Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887, S. 111.

[2] Verbotsgesetze S. 29—63.

[3] Vgl. *Windscheid*, Pand. I § 70 Note 1a, *Dernburg*, Pand. I § 31 zu Note 10.

[4] A. a. O. S. 112; zustimmend *Dernburg* a. a. O., Eck, Vorträge I S. 126 Note 1.

In Anwendung dieses Grundsatzes folgert er vor allem für diejenige Gruppe der Strafgesetze, welche eine Handlung verbieten und strafen, weil sie in die Ordnung der Rechtsgüter eingreift, aus dem Strafverbot die civilrechtliche Ungültigkeit der verbotenen Handlung [1]).

Allein damit ist die Frage, deren Lösung es gilt, noch nicht beantwortet. Es handelt sich ja nicht einfach um Rechtsgeschäfte, die unter Verbot gestellt sind, sodaß man, wenn man sich über die Wertung desselben durch die normsetzende Macht klar geworden ist, damit auch über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts aufgeklärt wäre. Vielmehr handelt es sich um ein einzelnes Element in einem Gesamtthatbestande, um eine Willenserklärung innerhalb des Rechtsgeschäfts, nach deren Wirksamkeit für den Fall ihrer Deliktsnatur gefragt wird.

Nimmt man an, daß Endemann diesen Fall in der Frage, auf welche er Antwort giebt, subintelligiert hat, so hätten wir auch hier auf den Verbotsgrund des einzelnen Gesetzes zu sehen; ist die Gefährdung der Gemeininteressen durch die verbotene Handlung überwiegend, ist also diese als „ihrem inneren Bestande nach rechtswidrig" anzusehen, so ist sie nichtig, und somit unvermögend, die ihr gebührende Rolle in dem rechtsgeschäftlichen Thatbestande auszufüllen: an ihrer Stelle befindet sich ein rechtliches Vacuum, das Rechtsgeschäft ist mithin ebenfalls nichtig.

Zu einer anderen Auffassung hat sich das Reichsgericht [2]) bekannt: „Allerdings ist ein gesetzlich verbotenes Rechtsgeschäft nichtig, auch wenn das Verbot dem Civilrecht nicht angehört, sondern durch Strafandrohung im StrGB. zum Ausdruck gebracht ist. Allein die Anwendung dieser Regel setzt voraus, daß der Gesetzgeber ein Rechtsgeschäft in irgend einer Form verboten hat und ein solches Verbot läßt sich aus dem erwähnten Paragraphen [§ 288] des StrGB. nicht entnehmen.

Denn indem derselbe bestimmt:

> Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert oder bei Seite schafft, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft,

[1]) Endemann, S. 113.

[2]) Urteil vom 31. Januar 1882 in Entsch. in Civils. VI 170, und im gleichen Gedankengange das Urteil in Bd. XVII S. 304, 305.

hat er keineswegs ein Rechtsgeschäft durch seine Strafandrohung als ein verbotenes gekennzeichnet, sondern Handlungen mit Strafe bedroht, welche durch Vollziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäftes begangen werden können. In diesem Falle ist es nicht das Rechtsgeschäft, sondern es sind die Umstände, unter denen, und die Absicht, in welcher es abgeschlossen wird, gegen die sich die Strafdrohung richtet."

Wenn also eine Willenserklärung, welche Element eines „an sich erlaubten Rechtsgeschäftes" ist, zugleich auch durch „die Umstände, unter denen, und die Absicht, in welcher" sie abgegeben wird, sich als Element eines deliktischen Thatbestandes darstellt — so wird nach der Auffassung des Reichsgerichts das Rechtsgeschäft dadurch nicht berührt, es ist wirksam und gültig.

Die oben aufgeworfene Frage wird sonach für das gemeine Recht von Endemann für die Mehrzahl der Fälle im Sinne der Unwirksamkeit, vom Reichsgericht im Sinne der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts beantwortet.

Eine Untersuchung, auf wessen Seite das Recht ist, soll hier unterlassen werden; die gleich anzustellende Prüfung der Frage für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches wird auch für ihre Beantwortung nach gemeinem Recht genügendes Material liefern, wie denn auch umgekehrt schon bisher die für das letztere gewonnenen Ergebnisse als auch für das erstere maßgebend angesehen worden sind.

Der erste Entwurf enthielt in § 105 folgende Bestimmung:

> Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetze ein Anderes ergiebt.

Hier sollte also die, nach der Ansicht der Motive [1]) mit Recht, damals herrschende Meinung von der absoluten Geltung des Theodosischen Kaisergesetzes kodifiziert, die eben erörterte Frage aber überhaupt nicht berührt werden. Denn wenn die Motive beiläufig bemerken, daß bei Verträgen, bei denen das Verbot nur den einen Teil trifft, „der Regel nach" der Vertrag „als solcher" nicht ungültig sein solle, so erhellt, daß die Verfasser es vergessen hatten, daß nach dem von ihnen gepflogenen Sprachgebrauch die Ausdrücke „Willenserklärung" und „Rechtsgeschäft" in der Regel gleichbedeutend sein sollten, daß also seiner Fassung nach der § 105

[1]) Mot. I 210.

sich auch auf „Willenserklärungen" bezog, die nur Elemente eines Rechtsgeschäfts sind.

In der Kommission für die 2. Lesung wurde die heute im Gesetz vorliegende Fassung an die Stelle des § 105 gesetzt, um zum Ausdruck zu bringen, „daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen würden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaut nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richte"[1].

Die hier angedeutete Befürchtung scheint, falls sie nicht gegen eine ganz simple Wortklauberei gerichtet ist, nicht ganz klar; für die Deutung der neuen Fassung ist ihre Erörterung indessen entbehrlich.

Der § 134 des BGB. lautet also:

> Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt.

Die Regel ist also subsidiär; sie bezieht sich nur auf solche Verbotsgesetze, bei denen für die civilrechtliche Wirksamkeit der durch sie verbotenen Handlung nichts aus dem Verbotsgesetze selbst oder durch Analogie aus einem anderen Gesetze[2] zu entnehmen ist. Darin, daß eine derartige abweichende Bestimmung nicht im Wortlaut des Gesetzes enthalten zu sein braucht, sondern auch in seinem legislatorischen Grunde gefunden werden kann, wird *Endemann* beizustimmen sein[3].

Es erhebt sich nun für die Auslegung des § 134 die Frage, welche gesetzlichen Verbote er im Auge hat.

Nach der Kommentierung, die *Fischer* in seiner und *Henles* Handausgabe dem § 134 gegeben hat, scheint es, als ob nur civilgesetzliche Verbote in Frage kämen[4].

Für die Beantwortung der hier vornehmlich zur Erörterung stehenden Frage nach der Wirksamkeit deliktischer Thatbestandselemente eines Rechtsgeschäfts schiede damit der § 134 schon a priori aus. Einmal, weil eben dann der § 134 für die Beurteilung einer *deliktischen* Willenserklärung nicht mehr in Betracht käme, und zweitens, weil Verbote des Civilrechts sich ihrer

---

1) Protok. I 123.

2) Vgl. *Hölder*, Arch. f. civ. Pr. Bd. 73 S. 101.

3) *Endemann*, Einführung I S. 39 zu Note 5. Ebenso *Eck*, Vortr. I S. 126.

4) Anscheinend ebenso *Hellmann*, S. 127 und im Wesentlichen *Planck*, Komm. zu § 134.

Natur nach nicht gegen unvollendete Thatbestände, sondern nur gegen das fertige Rechtsgeschäft richten[1].

Allein eine derartige Begrenzung des Begriffs ist, wie sie vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war[2], jedenfalls auch durch den Wortlaut des Gesetzes selbst nicht gerechtfertigt; umsoweniger, als gerade für die civilrechtlichen Verbote eine derartige allgemeine Norm sich um deswillen erübrigte, weil sie fast alle ihre Wirkung ausdrücklich selbst festsetzen. Wir werden daher unter seinen gesetzlichen Verboten auch die strafgesetzlichen mitzubegreifen haben[3].

Hier wird sofort unsere Frage von Bedeutung; und zwar nicht nur an sich, wie sie überall und jeder Rechtsordnung gegenüber aufgeworfen werden müßte, sondern mit ganz bestimmter Beziehung auf die Auslegung des § 134.

Denn, wie bereits der Fassung des ersten Entwurfs gegenüber hervorgehoben wurde: nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes bedeutet „Rechtsgeschäft" nicht nur den vollendeten Thatbestand, sondern auch die einzelne Willenserklärung.

Nach dem Wortlaute des § 134 ist es also möglich, daß das Gesetz nicht nur das verbotswidrige Rechtsgeschäft, sondern auch *die einzelne Willenserklärung, sofern sie gegen das Strafgesetz verstößt, für nichtig und damit folgeweise auch das Rechtsgeschäft, dessen Teil sie ist, für nichtig erklärt hat*[4].

Die Untersuchung der Bedeutung des § 134 wird induktiv von einzelnen Thatbeständen auszugehen haben.

Zwei Delikte, deren civilrechtliche Wirkung im BGB. ausdrücklich normiert ist, sind der Betrug und die Erpressung.

A verkauft dem B ein Gemälde unter der Vorspiegelung, es sei ein echter Rembrandt, während es eine wertlose Fälschung ist; oder er zwingt ihn dazu, unter der Drohung, sonst einen ihm bekannten Fehltritt des B an die Oeffentlichkeit zu bringen.

Das Rechtsgeschäft des Kaufes besteht hier aus den beiden Willenserklärungen des A und des B; das Verhalten des A ist

---

1) *Endemann*, Verbotsgesetze S. 83 ff.

2) Mot. I 210.

3) So auch *Endemann*, Einf. I S. 39, *Cosack*, Lehrb. I S. 560, 4b, *Eck*, Vorträge I S. 126.

4) Die analoge Prüfung des § 138 soll hier, als für unsere Zwecke minder ergiebig, unterbleiben; die Untersuchung des § 134 wird teilweise auch für den § 138 entsprechend verwertbare Resultate liefern. Vgl. übrigens *Lotmar*, Der unmoralische Vertrag, insbes. S. 79 ff.

also Element dieses Rechtsgeschäfts, zugleich aber auch des in § 263 bezw. § 253 StrGB. mit Strafe bedrohten deliktischen Thatbestandes.

Nach § 123 BGB. ist der Kauf jedoch vollgültig; insbesondere die Willenserklärung des A ist es, und in Rücksicht auf sie giebt es überhaupt kein Mittel zur Vernichtung des Geschäftes: dagegen das andere Thatbestandselement, die Willenserklärung des B ist anfechtbar, und ihre Reszission reißt dann auch den ganzen Thatbestand mit sich.

In der That schützt also hier die Rechtsordnung ebendieselbe Willenserklärung, die sie auf der anderen Seite bekämpft. Und dieser Schutz besteht nicht blos in der Idee; die Rechtsordnung leiht unter Umständen sogar ihren mächtigen Arm, um dem Verbrecher die Frucht seiner Handlung pflücken zu helfen. Zwar der Fall, auf den Hölder[1]) bei seiner Besprechung des ersten Entwurfs hingewiesen hatte, daß nämlich der Betrogene oder Genötigte aus Rücksicht auf den etwa sozial mächtigen Verbrecher sein Anfechtungsrecht nicht ausüben wollte, und daß daher, da nach einem Jahre die Anfechtung nicht mehr möglich ist, nach fünf Jahren der A sein widerrechtlich erworbenes Recht ohne Furcht vor der inzwischen verjährten Strafverfolgung mit Erfolg geltend machen könnte — dieser nach dem Rechte des I. Entwurfes mögliche Fall ist durch die Einfügung des § 776 in den Entwurf 2. Lesung (§ 853 BGB.) nicht mehr zu besorgen. Allein gesetzt, der A erhielte von B durch Betrug oder Erpressung eine Forderung an den C abgetreten, so hilft nach eingetretener Verjährung die Rechtsordnung dem Verbrecher, wenn er die widerrechtlich erworbene Forderung gegen den C geltend macht; ja sogar dann, wenn C, der um den Vorfall wußte, aber die unter diesen Umständen erfolgte Abtretung für ungültig hielt, in Kenntnis der Abtretung den bisherigen Gläubiger B befriedigt hat[2])!

Haben wir hier die Gültigkeit des Thatbestandes eines kausalen und obligationsrechtlichen Geschäftes von seinem deliktischen Element unberührt gefunden, so mag an zweiter Stelle der Thatbestand eines abstrakten und zwar dinglichen Rechtsgeschäftes auf das gleiche Moment hin einer Prüfung unterzogen werden.

---

[1]) Arch. f. civ. Prax. 73 S. 99.
[2]) § 407 BGB.

A, dem B eine Sache zur Aufbewahrung anvertraut hat, verkauft und übergiebt sie dem gutgläubigen C.

Hier haben wir zwei Rechtsgeschäfte:

I. ein kausales, obligationsbegründendes, den Verkauf, bestehend aus zwei Willenserklärungen, dem Verkaufsantrage des A und der Annahme des C;

II. ein abstraktes, dingliches, die Tradition, bestehend aus einem Naturalakt, der Besitzhingabe, und zwei Willenserklärungen, der Uebereignungserklärung des A und der Aneignungserklärung des C.

Das erste ist fraglos gültig; der § 246 StrGB. bezieht sich nicht auf obligatorische Vermögensverschiebungen. Der Verkauf einer fremden Sache, ist, auch insofern er die Verbindlichkeit begründet, sie zu leisten, nicht Unterschlagung. Es entsteht daher im vorliegenden Fall sowohl für A, wie für C eine gültige Verpflichtung, was weiterhin von Bedeutung ist.

Zweifel können also nur entstehen bezüglich des zweiten Rechtsgeschäfts. Zwei Elemente seines Thatbestandes, die Uebereignungserklärung des A und der von ihm vorgenommene Naturalakt sind zugleich Thatbestandselemente eines Deliktes, der Unterschlagung, § 246 StrGB.

Aber auch dieses Rechtsgeschäft ist gültig; gemäß § 932 BGB. wird hier der gutgläubige C Eigentümer. Auch die deliktische Willensbethätigung des A hat daher volle rechtsgeschäftliche Wirkung.

Daß auch das obligatorische Rechtsgeschäft gültig ist, geht — abgesehen von dem eben geltend gemachten Grunde — auch aus der Bestimmung des § 816 Satz 1 BGB., die für Fälle, wie vorliegender, getroffen ist, hervor: „Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet.“

Wäre nämlich der Kauf nichtig, so hätte A keine Forderung an C, B wäre mithin ohne Ersatz um seine Sache gekommen. So aber, wo der Kauf gültig ist, hat A die Forderung auf den Kaufpreis an C, und diese muß er an B herausgeben.

Gesetzt den Fall, A hätte die Sache an C, statt verkauft, geschenkt und übergeben, so wäre zwar ebenfalls, so C gutgläubig, das Eigentum an ihn übergegangen, allein hier hätte B gemäß § 816 Satz 2 an C den Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums.

Als drittes Beispiel mag eine Gegenüberstellung analoger Thatbestände von verschiedenem rechtlichen Gehalt dienen.

I. Der D, der dem A verschiedene Wertpapiere (Inhaberpapiere) gestohlen hat, verkauft diese seinem Hehler H und übergiebt sie ihm.

1. Den Thatbestand des kausalen Kaufgeschäfts bilden die zwei Willenserklärungen des D und des H. Die des D ist an sich nicht Element eines besonderen Deliktes des D. Die des H ist Element des Thatbestandes des des § 259 StrGB., und hierfür ist auch die des D Thatbestandsmoment.

Das Geschäft ist zweifellos ungültig[1]). Die Rechtsordnung kann sich nicht dazu hergeben, die Spitzbubenehrlichkeit der Spießgesellen untereinander zu schützen.

2. Den Thatbestand des abstrakten Rechtsgeschäfts bilden wieder die drei Elemente des Naturalakts und der beiden Willenserklärungen.

Auch diese letzteren beiden sind Thatbestandsmomente des § 259 BGB. Gemäß § 932 BGB. geht kein Eigentum, gemäß § 937 auch kein Ersitzungsbesitz über. Das Geschäft ist also ungültig.

II. Der D hat die gestohlenen Wertpapiere dem gutgläubigen C verkauft und übergeben.

1. Das kausale Kaufgeschäft besteht aus den Willenserklärungen des D und des C. Beide sind nichtdeliktisch, auch die des D. Denn das Delikt ist bereits vollendet. Ein neues liegt in dem Verkauf nicht. Das Geschäft ist gültig.

2. Das abstrakte Rechtsgeschäft besteht wieder aus den 3 Elementen. Auch hier ist weder der von D vorzunehmende Naturalakt noch seine Willenserklärung ein weiteres Delikt.

Gemäß §§ 932, 935 Abs. 2 geht das Eigentum über, das Geschäft ist also vollwirksam. (Falls es sich um eine andere Sache, die nicht unter § 935 II fiele, handelte, ginge zwar kein Eigentum über, aber gemäß § 937 Ersitzungsbesitz. Auch in dem Fall wäre also das Geschäft als solches wirksam.)

---

[1]) Vgl. Entsch. d. RG. in Civils. XVIII 242.

III. Nachdem C die Papiere hat, wird D von der Furcht vor Entdeckung gepeinigt. Er verspricht dem H eine Belohnung, falls er ihm die Papiere wieder schafft. H tritt daher mit C in Unterhandlungen. Erfolg: C verkauft und übergiebt die Papiere dem H.

1. Das kausale Kaufgeschäft besteht aus den Willenserklärungen des C und des H. Die letztere ist zugleich Element des Thatbestandes der Begünstigung, § 257 (und hier auch § 258) StrGB.

Trotzdem ist das Rechtsgeschäft unbedenklich gültig; denn, wie dargelegt, war der von C mit D abgeschlossene Kauf gültig, ebenso ist C Eigentümer der Papiere geworden. Es wäre eine durch nichts gerechtfertigte Inschutznahme der Spitzbuben gegen die ehrlichen Leute, wenn das Gesetz hier — nachdem die Sache vielleicht doch herausgekommen und H bestraft ist — dem H gegenüber der Klage des C auf den Kaufpreis gestattete, sich hinter der Ungültigkeit des Geschäftes zu verstecken, trotzdem andererseits der C, wie gleich zu zeigen, das Eigentum gültig an H übertragen hat.

2. Das abstrakte dingliche Geschäft besteht aus den bekannten drei Elementen, von denen der von C vorzunehmende Naturalakt und seine Willenserklärung nichtdeliktisch, die des H wiederum Thatbestandsmoment des § 257 StrGB. ist.

Trotzdem ist auch hier das Geschäft gültig. Der H ist zwar — sofern er nicht das BGB. studiert hat — vielleicht der Meinung, C habe das Eigentum an den Papieren von dem Dieb nicht erwerben können, er ist also in sofern nicht in gutem Glauben. Allein der § 932 hemmt für diesen Fall den Eigentumsübergang nur, falls die Tradition vom Nichteigentümer erfolgt. Uebergiebt, wie hier, der wirkliche Eigentümer, so schadet der irrige böse Glauben des Erwerbers nicht, das Eigentum geht über. Plus in re est quam in existimatione mentis[1]).

Eine Zusammenstellung dieser Ergebnisse, welche für kausale, wie für abstrakte Rechtsgeschäfte keinen Unterschied brachten, liefert also folgendes Bild:

A. Der Dieb verkauft und übergiebt die gestohlene Sache:

---

[1]) So das römische Recht: fr. 9 § 4 D. de j. et f. ign. (22,6).

1. dem Hehler. Ungültig.
2. dem Dritten. Gültig.

B. Der Hehler kauft und empfängt die gestohlene Sache:
1. vom Dieb. Ungültig.
2. vom Dritten. Gültig.

Es wird sich lohnen, gerade an der Hand dieses Ergebnisses die oben dargelegten entgegengesetzten Auffassungen der herrschenden Theorie, namentlich also Endemanns einerseits und des Reichsgerichts andererseits, einer Prüfung zu unterziehen.

Nach Endemanns Auffassung ist für die Beantwortung der Frage, wie das strafrechtliche Verbot auf den civilistischen Bestand des Rechtsgeschäfts einwirkt, auf den Verbotsgrund zurückzugehen, und hierbei ergaben sich ihm namentlich die Handlungen als ungültig, welche in die „Ordnung der Rechtsgüter“ eingreifen.

„Alle Handlungen, welche die Grundlage der bürgerlichen Rechtsordnung, das gesicherte Haben, die Redlichkeit des Verkehres, die rechtlich anerkannte Sitte verletzen, sind nichtig: die Strafe kommt nur hinzu, um auch den äußeren Schutz gegen Verletzung zu gewähren . . . .

Daraus erklärt sich, daß die aus dem Delikte zu entnehmende Ungültigkeit auch da, wo eine Bestrafung nicht stattfinden kann, ihre Wirkung behält; ja der z. B. durch Diebstahl oder Gewalt entzogenen Sache selbst wird ein eigenartiger Rechtscharakter zuerteilt“ [1]).

Indessen, die Grundlage der bürgerlichen Rechtsordnung, das gesicherte Haben wird ebenso verletzt, wenn der Dieb die Wiedererlangung der gestohlenen Sache dem rechtmäßigen Eigentümer dadurch erschwert, daß er sie an einen Dritten, wie wenn er sie an einen Mitwisser veräußert. Und ebenso wird die Lage des Eigentümers in genau der gleichen Weise verschlechtert, wenn der Hehler die gestohlene Sache vom dritten Besitzer an sich bringt, als wenn er sie vom Dieb erwirbt.

Der Grund des Verbotsgesetzes, insofern man ihn in der Sicherung des rechtlichen Habens sieht, erklärt daher nicht, weshalb bei materiell gleicher Verletzung dieser Sicherheit dennoch die rechtlichen Folgen in den verschiedenen Fällen verschieden sind.

Ebenso negativ ist die Probe auf die Auffassung des Reichsgerichts. Nach ihr ist, wenn nicht das Rechtsgeschäft als solches

---

[1]) Verbotsgesetze S. 113.

von dem Strafverbot getroffen wird, sondern lediglich Handlungen, „welche durch Vollziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäfts begangen werden“, das Rechtsgeschäft gültig.

Nun ist der Verkauf einer Sache, ganz gleich, ob fremder oder eigener, zweifellos ein „an sich erlaubtes Rechtsgeschäft“. Wenn der Dieb dem Hehler die gestohlene Sache verkauft, d. h. sich verbindlich macht, ihm gegen Zahlung des Kaufpreises die Sache zu überliefern, so „ist — um die Worte des Reichsgerichts zu gebrauchen — es nicht das Rechtsgeschäft, sondern es sind die Umstände, unter denen, und die Absicht, in welcher es abgeschlossen wird, gegen die sich die Strafdrohung richtet.“ Aus diesem Argument müßte also die Gültigkeit des Kaufs geschlossen werden, ein Resultat, das am wenigsten im Sinne des Reichsgerichts sein kann [1]).

Die uns beschäftigende Frage kann sonach weder im Sinne Endemanns, noch in dem des Reichsgerichts beantwortet werden.

Bevor indes hier die Antwort versucht wird, muß zunächst noch ein Unterschied der rechtlichen Behandlung klargestellt werden, der sich bei den bisher zur Untersuchung gestellten Fällen der Beobachtung entzog, der Unterschied nämlich zwischen der Behandlung kausaler und abstrakter Rechtsgeschäfte.

Bei dem kausalen Rechtsgeschäft kommt in den Willenserklärungen die causa, der in der Veränderung und Verschiebung der Güter bestehende wirtschaftliche Zweck des Rechtsgeschäftes, sein — wie § 812 BGB. sagt — „rechtlicher Grund“, zum Ausdruck, während das abstrakte Geschäft ihn verschweigt; dort bildet diese causa ein Moment des rechtsgeschäftlichen Inhalts, des Inhalts der Willenserklärungen, hier steht sie den Willenserklärungen als ein Drittes unabhängig gegenüber.

Daraus folgt: wenn dieser Zweck, die causa, vom Rechte mißbilligt wird, deliktisch ist, so erhält damit auch die Willenserklärung selber dort, wo die causa Moment ihres Inhalts ist, diesen Charakter, während sie da, wo die causa von ihr getrennt ist, durch die Qualität der causa nicht berührt wird. Bei den kausalen Rechtsgeschäften kann daher auch die causa als mögliches Deliktselement für die rechtsgeschäftliche Wirkung von Einfluß sein, bei dem abstrakten nicht [2]).

---

[1]) Vgl. Entsch. in Civils. XVIII 242.

[2]) Nicht zu entnehmen ist dieser Satz aus § 817 BGB., der gleichmäßig beide Fälle im Auge hat und sich auf Rechtserwerb wie auf den Erwerb thatsächlicher Vorteile bezieht.

Wenn daher der A unter den in § 302a StrGB. vorgesehenen Umständen dem B ein Darlehn gegen Wucherzinsen giebt, so ist das Rechtsgeschäft gemäß § 138 Abs. 2 BGB. nichtig; ebenso etwa ein Kauf, bei welchem die dem A versprochenen oder gewährten Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zur Leistung stehen. Hier ist die causa des Geschäfts vom Recht mißbilligt; das Darlehn, der Kauf mit ihrer an sich vom Recht gebilligten causa sind nur die Form, in welche die verbotswidrige causa gekleidet wird.

Wenn aber das wucherische Rechtsgeschäft in abstrakter Form geschlossen wird, wenn also z. B. der B sein Versprechen in Form eines Wechsels abgiebt, so ist die verbotswidrige causa ohne Einfluß auf den Bestand des Wechsels. Der Wechsel ist daher gültig, und der dritte gutgläubige Erwerber kann ihn gegen den Aussteller geltend machen; nur dem Wucherer selbst gegenüber kann der Aussteller die Rechtswidrigkeit der causa mit Erfolg gemäß Art. 82 der WO. vorbringen[1]) (§ 817 BGB.).

Oder wenn z. B. der A mit dem Zollbeamten B einen Vertrag schließt, worin er dafür, daß B jedesmal seine Koffer ununtersucht läßt, ihm eine Gegenleistung verspricht, so ist wegen der rechtswidrigen causa (§ 333 StrGB.) das Rechtsgeschäft nichtig. Giebt aber A dem B das Versprechen in Wechselform, so ist der Wechsel gültig, und nur dem B gegenüber kann A sich auf die Rechtswidrigkeit der causa berufen.

Versuchen wir aus den gefundenen Einzelresultaten ein Prinzip für die Entscheidung der allgemein aufgeworfenen Frage zu gewinnen, so ergiebt sich folgendes:

Unabhängig von der Zahl der deliktischen Elemente eines rechtsgeschäftlichen Thatbestandes, ist das Rechtsgeschäft stets dann gültig, wenn es mindestens eine nichtdeliktische Willenserklärung enthält; jedoch macht eine verbotswidrige causa bei kausalen Rechtsgeschäften das ganze Rechtsgeschäft nichtig, während im Gegensatze hierzu bei abstrakten Rechtsgeschäften die verbotswidrige causa ohne Einfluß auf den Bestand des Rechtsgeschäftes ist.

Daß dies Prinzip aber nicht nur dem positiven Recht, sondern auch der Billigkeit entspricht, zeigt sich sofort daraus, daß es befriedigend alle die Entscheidungen als Konsequenzen ergiebt, die man bisher schon aus einem gewissen Drang des Rechtsgefühls heraus gefällt hat, ohne sie allgemein zutreffend begründen zu können.

[1]) Vgl. Entsch. d. RG. in Civils. VIII 97.

So ergiebt sich aus ihm die vom Reichsgericht gefällte materiell zutreffende Entscheidung[1]), deren unrichtige Begründung oben bereits ins Licht gerückt worden ist. So ergiebt sich ferner die u. a. von Endemann[2]) und Eck[3]) geforderte Entscheidung, daß ein landesgesetzliches Lotterieverbot nicht den Spielvertrag ungültig mache. Das von ihnen geltend gemachte Argument, wonach auf den Verbotsgrund zurückzugehen sei und dieser bei Lotterieverboten nicht Nichtigkeit verlange, ist zum mindesten sehr bestreitbar[4]). Indessen ist die Entscheidung nach dem oben entwickelten Prinzip unanfechtbar: das — von dem staatlichen Verbot getroffene — Rechtsgeschäft des Lotterievertrags hat zu Kontrahenten einerseits den ausländischen Staat, andererseits den inländischen Spieler; die Willenserklärung des letzteren ist nun zwar deliktisch, die des ersteren aber zweifellos nicht, und daher ist das ganze Rechtsgeschäft gültig.

Auch die von Eck und Endemann (a. a. O.) mit Recht geforderte Gültigkeit der gegen die Bestimmungen über die Sonntagsruhe verstoßenden Verkäufe (§§ 41a, 146a der GO.) ergiebt sich — sofern sie nicht schon aus dem oben S. 100 zu Note 3 angedeuteten Grunde folgt — daraus, daß bei diesen Verkäufen die Willenserklärung des Käufers als solche nicht deliktisch ist[5]).

Für die Exegese des § 134 BGB. liefert die hier angestellte Untersuchung die Erkenntnis, daß der dort gebrauchte Ausdruck „Rechtsgeschäft“ nicht gleichbedeutend ist mit „Willenserklärung“, daß vielmehr nur, wenn ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Gesamtthatbestandes gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn also sämtliche Elemente seines Thatbestandes deliktisch sind, der von § 134 normierte Fall gegeben ist.

[1]) Entsch. in Civils. VI 170.
[2]) Verbotsges. S. 118 ff., Einführung I S. 40 Note 6.
[3]) Vorträge I S. 126 Note 1.
[4]) Vgl. Bähr in seiner Kritik der Endemannschen Schrift in der Kr. V. J. Sch. Bd. 12 S. 315.
[5]) Daß möglicherweise das Verhalten des Käufers Anstiftung sein kann, kommt hier nicht in Betracht.

Verzeichnis

der besprochenen Paragraphen des BGB.

Druckfehler.

Auf S. 46 Z. 6 v. o lies § 130 statt § 131.

Druck von Bernhard Vopelius in Jena.

Abhandlungen

zum

Privatrecht und Civilprozeß

des



In zwanglosen Heften

herausgegeben von

Dr. Otto Fischer,

Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Zweiter Band. Zweites Heft.

Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Von

Dr. jur. Hermann Isay.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1899.

Druck von Bernhard Vopelius in Jena.